



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Tholin

Straffprocessuell hantering av
olovligt åtkommen bevisning

- En studie utifrån människorättskonsekvenser i allmänhet och ECHR art 6 krav på en rättvis rättegång i synnerhet

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Peter Westberg

Ämnesområde: Mänskliga rättigheter, Processrätt, Konstitutionell rätt

Vt 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund och syfte	4
1.2 Metod och avgränsningar	5
1.3 Precisering av frågeställningar	6
1.4 Disposition	7
2 RÄTTSSÄKERHET VS. EFFEKTIVITET – EN ÄKTA ELLER OÄKTA DIKOTOMI?	8
3 SVENSK BEVISRÄTT	11
3.1 Relevant svensk reglering	11
3.2 Redogörelse för och diskussion kring relevant nationell praxis	15
3.2.1 Provokationsfall	15
3.2.2 Integritetsfall	16
3.2.3 Sammanfattande kommentar över nationell praxis	20
4 ART 6 ECHR OCH ECtHR	23
4.1 Art 6 ECHR i bevisrättshänseende	23
4.1.1 Oskyldighetspresumtionen	23
4.1.2 Kontradiktionsprincipen	25
4.1.3 Equality of Arms	26
4.2 ECHR bestämmelserna som positiv förpliktelse	27
4.3 Redogörelse för och diskussion kring relevant praxis från ECtHR	28
4.3.1 Provokationsfall	29
4.3.2 Integritetsfall	30
4.3.3 Sammanfattande kommentar över ECtHRs praxis	33
5 KOMPARATIVA ASPEKTER PÅ UTESLUTANDE AV OLOVLIGT ÅTKOMMEN BEVISNING	37
5.1 England – PACE s. 78 Exclusion of unfair evidence	37

5.2	USA – 4 th Am The exclusionary rule	39
5.3	En europeisk konstitution i sikte	40
5.3.1	Corpus Juris, en model för ett europeiskt straffrättssystem	42
6	KONSTITUTIONALISM	46
6.1	Konstitutionalistaspekten applicerad på aktuella rättsliga system	48
6.1.1	Svenska rättskulturen	49
6.1.2	Engelska rättskulturen	50
6.1.3	Amerikanska rättskulturen	52
6.1.4	Framväxten av unionens rättskultur	53
6.2	Sammanfattande diskussion	54
7	ANALYS	58
7.1	Svensk domstols förhållningssätt – o quae mutatio rerum?	58
7.1.1	De lege lata konventionskonform eller ej?	60
7.1.2	De lege ferenda synpunkter	61
7.1.3	Domstolen som konstitutionell garant	64
7.2	Vilka krav kan staten ställa på rättvis rättegång? - Analys utifrån aktuell intresseavvägning	66
7.3	Komparativa reflektioner	69
7.3.1	Amerikansk- kontra en framväxande europeisk modell för avvisande av bevisning	69
7.3.2	Demokratibegreppets betydelse för rättighetskyddet	72
8	SLUTSATS	74
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	83

Sammanfattning

Den fria bevisföringens princip är hävdvunnen i svenska straffprocessuella sammanhang. Principen innebär ett ställningstagande i intressekonflikten mellan allmänna intressen och individuella rättigheter. Det svenska systemet betonar därigenom effektivitetsintresset och allmänna intressen. Utifrån rådande konstitutionella principer och de intressen som betonas därav kan rättsliga system karaktäriseras som stat- respektive individförankrade. Intresseperspektivet präglar rättsliga system och är också en genomgående utgångspunkt för uppsatsen.

Uppsatsen behandlar straffprocessuell hantering av olovligt åtkommen bevisning. Syftet är att utreda huruvida den svenska traditionella inställningen med fri bevisprövning är förenlig med de krav som följer av ECHR:s krav på en rättvis rättegång i art 6.

I år har ECHR varit svensk rätt i tio år. Uppsatsen visar att de svenska konstitutionella principerna inte möjliggjort full integrering av konventionsrättigheterna i systemet, varpå det svenska förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning inte heller kan anses helt konventionskonformt.

Olovligt åtkommen bevisning har blivit föremål för domstolsbehandling både nationellt och på europaplan och ett utvecklingsmönster till förmån för rättighetsaspekten kan skönjas. Med argumentet att art 6 inte primärt är en bevisrättslig regel har Europadomstolen, i sin praxis, konsekvent avstått från principuttalande i bevisrättsfrågan. Art 6 eventuella bevisrättsrelevans har därmed ansetts främst, men inte endast, vara en nationell angelägenhet. Uttalanden i avgöranden från Europadomstolen kan ändå tolkas som att kränkningar av andra konventionsrättigheter, såsom art 8 och rätten till tystnad samt rätten att inte belasta sig själv, de facto kan medföra även kränkning av art 6. Beträffande hanteringen av olovligt åtkommen bevisning kan Europadomstolen tolkas som förordande en processuell lösning, alltså ett bevisföringsförbud i vissa situationer och utnämning av domstolen som garant för individuella rättigheter i alla situationer.

Ambitionen har varit att koppla samman mänskliga rättigheter och processrätt och så har skett genom användandet av konstitutionella kontexter. Konstitutionalismperspektivet har accentuerat bilden av det rättsliga systemet som en interagerande helhet. Perspektivet har även pekat på vilka konstitutionella drag som är tveksamma och vilka drag som är behövliga utifrån 2000-talets tydliga rättighetstendenser.

Förord

Perfer et obdúra! Stå ut och ha tålamod! Ja, det har nog i nästan samma utsträckning gällt min omgivning som mig själv. Det är kul nästan jämt att skriva examensarbete även om man stundtals rädits periculum in mora, fara i dröjsmål.

Ämnet för uppsatsen tilltalade mig då det innebar att jag kunde fördjupa mig inom flera områden som jag fastnat för under specialkurserna. Min utgångspunkt har varit att koppla samman mänskliga rättigheter med både processrätt och konstitutionell rätt i en ambition att beskriva behovet av ett helhetsperspektiv på rätten.

Per áspera ad astra, genom svårigheter mot stjärnorna. Så kändes det en dag då uppsatsens alla trådar skulle knytas samman. Kanske var det utmattnings- och förvirringsstjärnor jag såg, men vilka lyckostjärnor det tänt att avsluta den utmaning som examensarbetet inneburit!

-Tack till morgonpromenadgänget, ni har haft en ovärderlig disciplinerande funktion.

-Tack Mamma och Pappa, för engagemang och uppmuntran alltid.

-Tack Sara och Jacob, för korrekturläsning och mycket mer.

Lund, i juni 2005

Maria Tholin

Förkortningar

Am	Amendment
Art	Artikel
CJJ	Criminal Justice Journal
ECHR	Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (1994:1219)
ECJ	The European Court of Justice
ECtHR	The European Court of Human Rights
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
HRA	Human Rights Act 1998
Jfr	Jämför
JT	Juridisk Tidskrift
JustR	Justitieråd
KOM	Kommissionens förslag
Kung	Kungaboken
Matt	Matteusevangeliet
Mos	Moseboken
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning II
NTfK	Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab
Ordspr	Ordspråksboken
PACE	Police and Criminal Evidence Act 1984 s. 78.
Pred	Predikaren
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SFS	Svensk Författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
USA	United States of America

1 Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

Utifrån begreppet rättvis rättegång, som en mänsklig rättighet, behandlar uppsatsen tillåtlighet av bevis i rättegångssammanhang. Uppsatsens problemkontext karaktäriseras av ökad brottslighet av allt allvarligare och ofta även internationellt gränsöverskridande karaktär. Relevant i sammanhanget är även en allmänt ökad aktualitet för, och fokus på mänskliga rättigheter.

Den förändrade brottsligheten har medfört att både polis och allmänhet ställer krav på att polisen, i allmänhetens effektivitets- och utredningsintresse, skall kunna använda okonventionella metoder. Dagens brottslighet är i allt större utsträckning internationell och organiserad varför också nya, till viss del okonventionella, metoder för att bekämpa och utreda sådan brottslighet aktualiserats och allt mer accepterats. Metoderna medför i vissa fall bevisåtkomst genom tveksamma åtgärder. Föremål för undersökningen är sådan så kallad olovligt åtkommen bevisning och syftet är att utreda hur sådan bevisning skall hanteras straffprocessuellt. Utgångspunkten är att koppla samman mänskliga rättigheter med processrätt och att utreda huruvida statusen olovligt åtkommen också bör medföra straffprocessuella konsekvenser för bevisningen.

Bevis innefattar flera moment, åtkomst (polisiära myndigheter vid förebyggande av brott alternativt i utredningssyfte), upptagande (åklagare och domstol i rättegångsförfarandet) och användande (domstol till grund för fällande dom). Den samhällsliga utvecklingen tydliggör en svår gränsdragning mellan brottsutredande processrätt och brottsförebyggande polisrätt där tillåtlighet av metoder måste variera beroende på syftet med metoden. En anknytande fråga är vid vilket moment som tillåtlighet av bevisning skall bedömas och avgöras.

Uppsatsen ämnar utreda relevant bevisrättsreglering och de bakomliggande principer och rättigheter som aktualiserar en eventuell begränsning av möjligheten att, för fällande dom, använda sig av viss bevisning. Ämnets internationella aktualitet och relevans motiverar ett europeiskt perspektiv på uppsatsen. Diskussion kommer att föras kring huruvida svensk rättstillämpning och lag är förenlig med de krav som genom ECtHRs tolkning framgår av ECHR art 6.1 rätten till en rättvis rättegång. Intressemotståndningen, mellan individuella rättigheter kontra allmänna intressen, speglas i juridikens normativa reglering och är central för uppsatsens ämne och har därmed även präglat dispositionen.

Konkret vill uppsatsen bidra till att utreda vad som, i bevisrättshänseende, är gällande rätt enligt ECHR art 6.1. Uppsatsen vill utreda varför tolkning och

rättstillämpning ser ut som den gör samt analysera hur konventionskonform svensk bevisrätt de facto är beträffande reglering såväl som tillämpning.

1.2 Metod och avgränsningar

Uppsatsen är litteratur- och rättsfallsbaserad och metoden för studien är främst rättsdogmatisk. Inriktningen är gällande rätt och både regleringen i sig och grunderna för denna är föremål för utredning. Rättsfallsfokuseringen motiveras av ämnets karaktär, dess aktualitet och komplexitet.

Uppsatsens ämne tangerar flera rättsområden, processrätt, mänskliga rättigheter, konstitutionell rätt och allmän rättslära. Ambitionen är att utreda sambandet mellan dessa områdens anknytningspunkter och därigenom fokusera på huruvida domstolen och processrätt är en verklig och lämplig garant för mänskliga rättigheter.

Förhållningssättet i uppsatsen är till stor del intresse- och perspektivorienterat vilket präglar uppsatsens utformning. Till viss del anläggs ett utvecklingsperspektiv då förståelse för nutida reglering och rättstillämpning ofta kräver viss historisk och också kulturell medvetenhet. Uppsatsens eventuella historiska drag fyller emellertid funktion endast som förklaringsredskap varpå fullständig historisk redogörelse varken är denna uppsats ambition eller syfte. Uppsatsen använder sig i flera delar av en komparativ metod som förklaringsmodell och utgångspunkt för analys och de lege ferenda resonemang. Det komparativa kontrasterandet är betydande för bakgrunden till respektive lands lösning och direkt nödvändig för adekvat analys och slutsats. Subjekt för uppsatsens komparativa delar är England, USA och EU. England är intressant som jämförelseobjekt då det liksom Sverige är både part till ECHR och EU-medlem och således har likvärdiga internationella förpliktelser på området. Komparationen med EU motiveras utifrån att unionens interna utveckling säkerligen kommer att få präglande konsekvenser också för medlemsstaternas nationella system. Komparationen med USA avser uteslutande det federala planet då det är där en jämförelse med Sverige känns mest konstruktiv. USA är intressant som jämförelse och motpol då Supreme Court, i motsats till HD, intagit ett traditionellt mycket rättighetstydligt och ofta mycket strängt förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning.

Av utrymmes- och dispositionstekniska skäl begränsas uppsatsen till att avse straffprocessens bevisföring. Med bevisföring avses: presentation som möjliggör för rätten att iaktta omständigheter av bevisrelevans i målet och att använda sig av bevisningen för en fällande dom. En fråga för undersökningen är således att fastslå huruvida viss bevisning bör avvisas. Bevisföringsavgränsningen grundas i ECtHRs rättstillämpning. Denna har mot bakgrund av tolkningsprincipen margin of appreciation, inriktats på just

bevisföringen.¹ Bevisvärdering berörs således endast perifert om så aktualiseras av bevisföringsdiskussionen.

Trots att det skrivits åtskilligt i ämnet kan rättsläget för hantering av olovligt åtkommen bevisning, både nationellt och på europaplan, fortfarande betecknas såsom i vissa delar oklart.² "...det som ej finns kan ej komma med i någon räkning"³. Ambitionen är därför inte att komma med fullständiga svar utan snarare att utreda och kommentera bevisrättsutvecklingen nationellt och på europaplan. Genom utredning av den bevisrättsliga utvecklingen vill jag försöka formulera eventuella bevisföringsgränser som följer av rätten till en rättvis rättegång i ECHR. Med art 6 avses i det följande Art 6.1 ECHR, rätten till en rättvis rättegång, om inget annat anges. Konventionen syftar i det följande också uteslutande på ECHR.

Uppsatsen är fortlöpande analytisk under respektive avsnitt. Uppsatsen rymmer emellertid även ett särskilt analyskapitel där analystrådarna knyts samman och där utrymme ges till vidare egna reflektioner.

1.3 Precisering av frågeställningar

Utifrån ECHR art 6 som svensk lag och internationell förpliktelse ämnar jag utreda vad som är gällande rätt beträffande olovligt åtkommen bevisning. Mot bakgrund av de krav som art 6 ställer kommer jag att analysera hur konventionskonform svensk bevisrätt de facto är beträffande reglering såväl som tillämpning.

Avseende den bevisrättsliga hanteringen av olovligt åtkommen bevisning vill jag utreda huruvida en processrättslig lösning är att föredra och om processrätt därmed är en möjlig och lämplig garant för mänskliga rättigheter. Den konkreta frågan är huruvida olovligt åtkommen bevisning i vissa fall kan motiveras, och också i vissa fall kanske bör hanteras genom ett bevisföringsförbud. Syftet med uppsatsen är således följande, att:

- Utreda den svenska bevisrättens förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning samt att bedöma rättsenligheten av denna i förhållande till ECHR och ECtHRs praxis.
- Utifrån en analys av innebörden av ECtHRs praxis utröna vilka rimliga bevisrättskonsekvenser denna praxis har för olovligt åtkommen bevisning för den svenska straffprocessen.

¹ Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s 57. Margin of appreciation, tolkningsprincip om diskretionär prövningsrätt åt nationella domstolar. Bevisvärdering anses som en sådan bedömning där nationella domstolar har bättre bedömningsunderlag än ECtHR.

² Höpfel F, Huber B (Hrsg.). Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. s. 39. Bevisrätten anges som möjligen det mest komplexa området i straffprocessen. Avsaknad av utförlig reglering och oklart rättsläge anses som en följd av denna komplexitet.

³ Pred. 1:15.

- Utredda domstolens och processrättens funktion som konstitutionell garant.

1.4 Disposition

Uppsatsen disponeras enligt följande. Studien inleds med bakgrundsfakta och en probleminventering på vilken klarläggande och genomgång av tillämplig rätt, relevanta normer och praxis följer med både de lege lata analys och de lege ferenda resonemang. Därefter appliceras analysresultatet på problemkontexten och uppsatsens frågeställningar besvaras.

Inledningskapitlet och intressediskussionen i kapitel två avser att förse läsaren med en bakgrundsförståelse för och insikt i den aktuella problematiken och härför relevanta avvägningar. Uppsatsens första utredande del, kapitel 3, avser sedan den svenska bevisrättsregleringen och därtill relaterad nationell praxis. Andra delen, kapitel 4, utgår ifrån art 6 ECHR och de bevisrättsimplikationer denna enligt ECtHR har beträffande olovligt åtkommen bevisning. Tredje delen, kapitel 5 redogör, ur ett komparativt perspektiv, för olika rättskulturers hantering av och förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning. Fjärde delen, kapitel 6, behandlar konstitutionalism som koncept och anknyter till den komparativa delen i bedömningen av de olika rättskulturella lösningarnas förverkligande av konstitutionalism. Femte delen, kapitel 7, är mer renodlat diskuterande och analyserande där tillfälle ges att analysera och evaluera resultaten av de utredande delarna av studien. Slutsatsen i det avslutande kapitel 8 anknyter åter till de specifika frågeställningarna som besvaras utifrån analysen.

2 Rättssäkerhet vs. Effektivitet – en äkta eller oäkta dikotomi?

Perspektiven rättssäkerhet och effektivitet uttrycker intentioner för straff- och processrätten, så även för bevisrätten. Spontant framstår perspektiven som varandras motsatser då de har olika utgångspunkter och speglar skilda förankringar, individuella rättigheter kontra allmänna principer. Det är emellertid inte säkert att intressemotsättningen är så skarp som det först framstår som. För domstolen uppstår det ofta situationer där den tvingas till intresseavvägningar där betoning av ett intresse oundvikligen sker på bekostnad av ett annat.

Rättssäkerhet och effektivitet är intressen som båda var för sig är angelägna och skyddsvärda. Trots det är det väsentligt att inte glömma deras gemensamma roll i helheten. I grunden kan man ana ett ömsesidigt beroendeförhållande där intressena får bäst genomslag först då de interagerar. Det torde sällan vara konstruktivt, stundtals kanske rent av farligt, att se något intresse helt isolerat. ECtHRs bedömning av ett förfarandes förenlighet med kraven på en rättvis rättegång enligt art 6 är också helhetsorienterat.⁴ Olika intressen måste tillåtas att bejakas var för sig men bejakandet måste också, i en perfekt värld, vara av just intresseinteraktionen. Processen bör i alla dess skeden därmed karaktäriseras av en strävan efter det optimala jämviktsläget, där båda intressena ges utrymme och skapar mervärde i form av ett rättvist förfarande i jämförelse med om bara ett intresse bejakas.

Synen på rättigheter är central för uppsatsen och aktualiserar grundläggande rättsfilosofiska ontologiska frågor om vad rättigheter egentligen är, om de finns eller skapas. Synen på rättigheter och dess ursprung får också konsekvenser för hur rättigheter skall skyddas och garanteras i eller av samhället. Locke hävdade existensen av naturliga lagar grundade i förnuftet och i en respekt för individuella rättigheter. Det är fråga om individuella rättigheter som a priori, före och oberoende av, den konstruerade staten.⁵ Med Lockes rättighetssyn är staters konstitutioner och nationella rättighetsskydd snarare konsekvenser av än grunden för mänskliga rättigheter. Locke förespråkade maktindelning och rättssäkerhet i form av rule of law, för förverkligande av de naturliga property rights.

ECtHR har i sin praxis tydligt betonat att rättigheter för att kunna kallas rättigheter måste vara effektiva och verkliga.⁶ Effektivitetsaspekten

⁴ Se rubrik 4.3.

⁵ Nergelius J (red.). Rättsfilosofi. s. 35f.

⁶ Bland annat Soering mot Storbritannien 1989, Punkt 87. ”*the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective.*”(Min kursivering).

inkluderar såväl förebyggande av brott som rent konkret att, genom dom, lösa ad hoc konflikter mellan stat och tilltalad. Effektivitetsintresset är emellertid dubbelbottnat och tillgodoses inte enbart genom positiv lagföringsstatistik, denna måste bygga på rättvisa och korrekta domar. Det är därför tveksamt om effektivitet överhuvudtaget kan anses föreligga om inte rättssäkerhetsaspekten tillgodoses. Rättssäkerhetsaspekten kan hänföras till den kvalitativa sidan av effektivitetsintressets dubbla natur. Argumentationslinjen är således att effektivitet, för att förverkligas, är beroende av en viss miniminivå av rättvisa. Relationen därutöver utgör ett balansförhållande som aktualiserar ständiga avvägningar. Utifrån legalitetsbegreppets förutsebarhetskriterium har rättssäkerhet traditionellt beskrivits som kravet på ett rimligt rättsskydd mot statens legala maktutövning. Rättssäkerhetsbegreppet har dock utvidgats till att omfatta även vissa andra etiska krav.⁷ Då rättssäkerhet i sin tur sannolikt också innebär visst minimikrav på effektivitet är motsättningarna mellan perspektiven rättssäkerhet och effektivitet inte sällan missvisande.⁸ Värnandet av det ena intresset torde således i förlängningen ofta även gynna det andra. I avvägningen rättssäkerhet och effektivitet eller individuella rättigheter och allmänna intressen har ECtHR framhållit proportionalitetsprincipen som central för att uppnå en ömsesidigt acceptabel balans.⁹

Domstolens attityd gentemot individuella rättigheter respektive allmänna intressen är beroende av rådande konstitutionella grundprinciper. Dessa principer avgör vilka intressen som anses skyddsvärda och även på vilken institution det ankommer att skydda vad. Rättigheter och intressen kan, i ovan anförda bemärkelse, ses som ett motsatspar som ger uttryck för individ- respektive statperspektivet. Sverige har på flera plan en tradition av jantelag och antiindividualism. Svensk rättskultur kan fortfarande anses präglad av kollektivism och lagstiftningslojalitet¹⁰, även om normutvecklingen befinner sig i 2000-talets individorientering¹¹. I Sverige åtnjuter rättigheter dubbelt skydd genom dels rättighetskatalogen i RFs andra kapitel, dels ECHR. Det faktum att rättigheter finns reglerade i ett rättsligt system är emellertid inte tillräckligt och ingen garanti för att dessa i praktiken är effektiva och verkliga rättigheter. Bedömning av rättigheters

⁷ Lindblom PH. *Progressiv Process*. s. 224ff.

⁸ Lindblom PH. *Progressiv Process*. s. 228.

⁹ Sporrang Lönnroth mot Sverige 1982, utdrag ur punkt 69 "the Court must determine whether a *fair balance* was struck between the demands of the *general interest* of the community and the requirements of the protection of the *individual's fundamental rights*... The search for this balance is inherent in the whole of the Convention". Fallet är förvaltningsrättsligt, avvägningsfrågan är emellertid densamma varpå fallet är illustrativt även för intresseavvägningen i vårt straffprocessuella sammanhang.

¹⁰ Lagstiftningslojalitet som en följd av uppsalaskolans inflytande. Nergelius J (red.). *Rättsfilosofi*. s. 123f. Lojalitet som inneburit och innebär att de allmänna intressena främjas även av domstolarna med konsekvensen att rättighetstanken eftersätts.

¹¹ Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna inkorporerade ECHR i svensk rätt. ECHR trädde i kraft som svensk lag 1 januari 1995.

ställning i svensk rätt kräver utvärdering av rättighetsaspekten genom hela systemet från polisens spaningsarbete till domstolens dom.

Slutsatsen att individuella rättigheter och allmänna intressen i mycket står i reciprokt beroendeförhållande till varandra och på så sätt kan sägas vara en oäkta dikotomi får återverkningar på vilket resultat som är möjligt av studier såsom denna uppsats. Det synes därmed i vissa fall omöjligt att uppnå ett svart eller vitt svar i situationer där rättigheter står mot allmänna intressen. Fokus sätts därför snarare på relevanta gränsdragningar och avvägningar samt på att identifiera och tydliggöra de värden som äventyras såväl ur rättighetsaspekten som ur intresseaspekten.

3 Svensk bevisrätt

3.1 Relevant svensk reglering

Rätten skall efter samvetsgrann prövning av *allt* som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.

Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.¹²

Den svenska bevisrätten har utvecklats från legal bevisteori i 1734 års lag till fri bevisprövning från och med den stora processrättsreformen på 1940-talet. De båda bevisrättsmodellerna avser i grunden samma sak, att tillhandahålla regler för hur bevis generellt skall värdesättas.¹³ Val av modell får emellertid betydelse för såväl bevisföring som bevisvärdering. Den legala bevisteorin reglerar såväl vilka bevismedel som får användas i en process, alltså tillåtlighet av bevismedel, som hur dessa skall värderas av rätten. En konsekvens av den legala bevisteorin är att domarens egen övertygelse blir helt utan betydelse och bevisvärderingen får rättstillämpningskaraktär.

Principen om fri bevisprövning utvecklades genom praxis och var grunden för processreformen. Sedermera har principen fått mycket stark ställning i svensk bevisrätt. Principen kommer till uttryck i första stycket av den ovan citerade portalparagrafen till RBs beviskapitel och inkluderar såväl principen om fri bevisföring som principen om fri bevisvärdering. Den fria bevisprövningen står därmed i skarp kontrast till den legala bevisteorin. Primära karakteristiska för den fria bevisprövningsmodellen är just frånvaron av föreskrifter om tillåtliga bevismedel och hur förebringad bevisning skall värderas.¹⁴

Bevisreglerna ger uttryck för avvägningen mellan det allmänna utredningsintresset och det individuella skyddsintresset för en enskild tilltalad eller ett vittne. Bevisföringen inkluderar alla de regler som styr vilken bevisning som över huvud taget får förebringas i en rättegång.¹⁵ I vissa situationer speglar dessa regleringar ett samhällsligt avstående från att ovillkorligen nå den materiellt riktiga domen. Principen om fri bevisföring torde förespråka en restriktiv tolkning och tillämpning av de bevisförbud¹⁶ som finns i RB. Det är befogat att resonera kring vad rättens skyldighet att pröva *allt* innebär. Frågan är om rättens prövningsskyldighet även kan anses omfatta åtkomstsättet. Problemet är ju huruvida bevisning, som i sig anses tillåten, skall avvisas på grund av att åtkomstsättet saknat lagstöd alternativt varit otillåtet.

¹² RB 35:1 (Min kursivering).

¹³ Dereborg A. Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess. s. 9.

¹⁴ SOU 1938:44 s. 38 och 377.

¹⁵ Diesen C (red.) Bevispraxis. s. 13.

¹⁶ RB 36:5 bevisförbudsexempel angående sekretess och tystnadsplikt.

Ekelöf framhåller huvudregeln beträffande principen om fri bevisföring, att allt som har bevisvärde också får förebringas men antyder att det ändå måste finnas någon bortre rimlighetsgräns. Den föreslagna gränsen hämtas från den internationella privaträttens område varvid bevisning inte anses som godtagbar om den är ”uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen här i riket”.¹⁷ Ekelöfs anförande tycks utgå från någon form av rättviseargumentation och indikerar att det är möjligt att kränka individuella rättigheter för att värna allmänna intressen, men att det likväl någonstans finns en gräns för att man överhuvudtaget skall kunna prata om rättigheter.

Rättsfilosofen Dworkin menar att allmänna intressen kan motivera att individuella rättigheter får ge vika men ställer väldigt höga krav på de allmänna intressen som skulle kunna rättfärdiga rättighetskränkningar. Det är en uppenbar skillnad i utgångspunkt och förankring i amerikansk kontra svensk rättskultur. Huvudregeln i den amerikanska rättskulturen är rättigheternas företräde och individens skydd mot staten. Bakom rättighetscentreringen finns avvägningen att upprätthållandet av konstitutionella grundprinciper rättfärdigar begränsning av möjligheten att nå den materiella sanningen. Rättighetscentreringen riskerar innebära överdriven formalism och har i vissa fall inneburit absurda konsekvenser där teknikaliteter omöjliggjort lagföring av grova brottslingar på grund av extremt och ofta stelbent rättighetsvärnande.¹⁸ Den svenska strukturen är istället på flera plan antiindividualistiskt orienterad där huvudregeln är de allmänna intressena som till exempel utredningsintresset och riksdagens majoritetsbeslut.¹⁹ Den svenska statsförankrade hållningen kommer till uttryck i principen om fri bevisföring där utredningsintresset betonas på bekostnad av rättssäkerhetsintresset.

Av RB 35:1 st 2 framgår att bevisprövningsförbud i lag är acceptabla varpå det medges undantag från den fria bevisprövningen. Undantag mot bakgrund av individuella rättigheter kräver således lagstöd eller uppstår ytterst i någon form av ordre public motsvarighet.²⁰ Det känns inte omöjligt att ECHR art 6 eventuellt i vissa situationer skulle kunna utgöra sådant undantag och motivera avsteg från principen om fri bevisföring. Problemet är att art 6 inte är en bevisrättsregel, kravet på en rättvis rättegång har emellertid i doktrin börjat identifieras som i vissa undantagsfall innebärande ett bevisföringsförbud.²¹

¹⁷ Ekelöf PO. Rättegång IV häftet. s. 245f.

¹⁸ Se Miranda mot Arizona 1966. Se rubrik 5.2 och 6.1.3.

¹⁹ Se rubrik 7.3.2.

²⁰ Delmas-Marty M, Vervaele JAE, The implementation of the Corpus Juris in the member states. 2000, s. 27. Svensk rätt klassas som det mest toleranta systemet beträffande bevisföring med total avsaknad av förbud för olovligt åtkommen bevisning förutom att bevisning i extremfall torde kunna avvisas med hänsyn till ECHR eller FNs tortyrkonvention. Bilden överensstämmer med Ekelöfs uppfattning om en oreglerad bortre gräns först vid t.ex. bevisåtkomst genom tortyr.

²¹ Fitger P, Mellqvist M. Domstolsprocessen. s. 240.

Frågan om gränserna för tillåtlighet och processuell hantering av olovligt åtkommen bevisning kvarstår emellertid obesvarad genom stadgandet i RB 35:1. Vidare tydliggörande och precisering krävs således genom fortsatt resonemang utifrån praxis och doktrin.

Det är åklagaren som bär bevisbördan i brottmål och följaktligen anses det att den tilltalades passivitet eller underlåtenhet att medverka till utredningen inte bör läggas honom till last. Principen om fri bevisprövning omfattar emellertid även möjligheten att beakta den tilltalades agerande samt hur försvaret förts.²² Bevisvärderingsregeln RB 35:4²³ ger rätten behörighet att pröva vilken bevisverkan den tilltalades passivitet skall ges,²⁴ och i RB 35:7²⁵ ges rätten möjlighet att avvisa bevisning. Avvisningsmöjligheten i svensk rätt avser tre situationer; då omständighet som part vill bevisa saknar relevans samt då viss bevisning är onödig eller uppenbart verkningslös. Den rådande uppfattningen är att paragrafen bör läsas i samband med kapitlets första paragraf, om den fria bevisprövningen, och därmed tillämpas med försiktighet och omdöme.²⁶

Inför uppgiften att efterträda David bad Salomo ”ge nu din tjänare ett lydigt hjärta så att han kan vara domare för ditt folk och *skilja mellan gott och ont*”²⁷. Många av dagens domare delar säkert Salomos bön även om destinationen för denna må variera. Domstolens bevisvärderingsresonemang ska grundas på skäl som ska vara rimliga att följa för annan förständig person och som sedan därav ska kunna nå samma materiella slutsats.²⁸ Den fria bevisvärderings subjektiva karaktär är emellertid oundviklig och därmed också till viss del svårförenlig med rättssäkerhetsintressets principer om legalitet, likhet och förutsebarhet. Domaren står således inför en svår och stor uppgift. Rättssäkerhetsprinciperna förutsätter en gräns innan

²² NJA II 1943 s. 449. Samt Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 200.

²³ RB 35:4 ”Underlåter part att enligt rättens beslut infinna sig vid rätten eller eljest fullgöra något i rättegången eller att besvara för utredningen framställd fråga, *pröve rätten med hänsyn till allt, som framkommit, vilken verkan som bevis må tillkomma partens förhållande.*” (Min kursivering).

²⁴ Angående RB 35:4 och möjligheten för rätten att beakta den tilltalades passivitet eller motsträvighet som bevis mot honom se Westberg P. Förklaringsbörda och knölargument i brottmål. Westberg anför här att det ”står...klart att den tilltalades rätt att tåga inte har rättsligen sanktionerats så att det råder ett förbud för domstolarna att beakta dennes passivitet vid bevisvärderingen.” (s. 886), men fortsätter att utreda under vilka förutsättningar det kan anses försvarbart. Westberg konstaterar att användande av så kallade knölargument och konstruerande av en förklaringsbörda för den tilltalade innebär att bevisvärderingen utvidgas till att omfatta moraliska och kriminalpolitiska aspekter. Något som ur rättssäkerhetssynpunkt är förkastligt. s. 881, 895f.

²⁵ RB 35:7 ”Finner rätten, att omständighet, som part vill bevisa, är *utan betydelse* i målet eller att erbjudet bevis *ej erfordras* eller *uppenbart* skulle bli *utan verkan*, må bevisningen ej tillåtas. Rätten äge ock avvisa erbjudet bevis, om bevisningen finnes med avsevärt ringare besvär eller kostnad kunna föras på annat sätt.” (Min kursivering).

²⁶ Fitger P. Mellqvist M. Domstolsprocessen. s. 244.

²⁷ 1 Kung. 3:9 (Min kursivering).

²⁸ SOU 1938:44 s. 378.

värderingen övergår till rent godtycke.²⁹ I en rättsstat är den fria bevisvärderingen snarare att betrakta som en Weberiansk idealtyp än fullt ut verklighet då fri bevisvärdering i absolut betydelse förutsätter eliminering av det subjektiva elementet, något som i sig torde kräva en idealdomare lik bibelns Salomo eller Dworkins Hercules.³⁰

Kontrasterandet av modellerna, legal bevisteori och fri bevisprövning bidrar till att tydliggöra syftet med respektive modell. Den legala bevisteorin avsåg att minska risken för godtycke och därmed uppnå enhetlighet i rättstillämpningen. Det är ett syfte som såväl ur rättssäkerhets- som effektivitetsintresset framstår som angeläget och gott. Bevisrätten är till stor del beroende av den historiska kontexten. Ekelöf framför därvid den legala bevisteorin som naturlig utifrån de medeltida rättslärdas utgångspunkt, tidens ambition att fastställa abstrakta principer för allt mänskligt handlande. Även den kanoniska rätten och kyrkans mycket starka inflytande är ett tydligt exempel på kontextuell påverkan.

Det historiska sambandet innebär att bevisrätten varit och är under kontinuerlig utveckling och förändring. 2000-talet präglas av internationalisering och pluralism, det finns därför anledning att anta att influenserna på bevisrätten snarare ökat än minskat. En nutida och framtida utveckling som speglar även det legala ramverkets internationella förpliktelser känns därmed naturlig. Fri bevisprövning innebär att domaren anförtros en avsevärd makt. Detta makttilldelande är resultatet av en intresseavvägning där riskerna förknippade med domarmakt ansetts väga mindre tungt än intresset att domstolen i sanningssökandet inte exkluderas från någon kunskapskälla.³¹ RB betonar i detta avseende utredningsintresset och det framgår av förarbetena att hänsyn till samhällsintressen, genom tvångsmedlen i RB kap 27 och 28, visserligen berättigar men ofrånkomligen också innebär ingrepp i enskilda rättigheter såsom personlig frihet och kroppslig integritet.³² Förarbetena innebär ett konstaterande och accepterande av att det allmänna utredningsintresset i vissa situationer får rättighetsinkräktande konsekvenser.

Formuleringen av principen om fri bevisprövning har, redan från paragrafens tillkomst, kritiserats för att ej tillräckligt tydliggöra principens innebörd.³³ Frågan var gränserna för rättighetsingrepp går är således inte ny. Nytt är emellertid till viss del rättighetskyddet i svensk rätt varför det finns anledning att utreda huruvida utrymmet för rättighetsinkräkningar är ett annat nu än vid tillkomsten av ”nya” RB. ECHR är en sådan faktor som torde innebära ökat behov av tydlighet och möjligen också snävare gränsdragning beträffande bevistillåtlighet i värnandet av individuella rättigheter. RB 35:1 är av generalklausulskaraktär vars innebörd preciseras

²⁹ Diesen C (red.). Bevis. s. 21 samt Dereborg A. Från Legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess. s. 11.

³⁰ Dworkin R. Law's Empire. s. 14.

³¹ Prop. 1942:5 s. 330.

³² Prop. 1942:5 s. 336.

³³ Prop. 1942:5 s. 219, lagrådets kommentar. Samt Ekelöf PO. Rättegång IV häftet. s. 21.

genom andra bevisregler.³⁴ Av generalklausulskaraktären torde vidare följa att innehållet ingalunda är statiskt utan högst påverkbart av utvecklingen av för principen relevanta områden. ECHR:s bevisrättsimplikationer innebär att ECHR är en omständighet att beakta vid tolkning och tillämpning av RB 35:1. Vilken konkret betydelse ECHR får redogörs för närmare nedan.

3.2 Redogörelse för och diskussion kring relevant nationell praxis

En praxisstudie av nationella avgöranden på bevisrättsområdet är illustrativ dels för de lege lata, dels för de utvecklingstendenser som ECHR:s successivt ökade betydelse har inneburit. Redogörelsen nedan återger de alternativa lösningar som HD i sin praxis framfört beträffande frågan hur olovligt åtkommen bevisning skall hanteras. För att markera och tydliggöra områdets utvecklingskaraktär sker rättsfallsredogörelsen kronologiskt.

Praxisundersökningen har delats upp i provokations- respektive integritetsfall. De fall av olovligt åtkommen bevisning som utreds avser dels provokationsfall, bevisåtkomst genom polisiära åtgärder såsom aktiv brottsprovokation, dels integritetsfall där bevisåtkomsten innebär en konflikt med rätten till personlig och kroppslig integritet. Integritetsfallen som utreds är nästan uteslutande också provokationsfall avseende just passiv bevisprovokation. Detta illustrerar en svårighet beträffande terminologin brotts- och bevisprovokation då begreppen ofta överlappar varandra. Förfaranden som avser brotts- eller bevisprovokation medför inte sällan även den andra formen av provokation. Uppdelningen har därför gjorts utifrån när en viss åtgärd även har en integritetskränkande beröringspunkt.

3.2.1 Provokationsfall

I premieobligationsfallet, NJA 1960 s. 522, hade polisen använt sig av brottsprovokation. Brottsprovokation definieras till att förmå annan att begå brott han annars inte hade begått. HD konstaterade att brottsprovokation utgjorde en otillåten metod men klargjorde samtidigt att den omständighet att brottet provocerats fram inte var sådan att den friade från ansvar för brottet. Fallet innebär alltså ett betonande av den fria bevisprövningens princip.³⁵ Vikten av att upprätthålla principen om fri bevisföring överskuggar det faktum att otillåtna metoder tidigare använts gentemot den tilltalade. Av ädelstensfallet, NJA 1985 s. 544, framgår att klandervärt polisiärt agerande kan utgöra grund för strafflindring om polisens metoder

³⁴ Lundqvist U. Bevisförbud. s. 249f. Relevanta preciserande bevisregler t.ex. muntlighet, bevisomedelbarhet, princip om bästa bevismedlet etc.

³⁵ Beträffande praxisuppfattningen att brottsprovokation förvisso utgör en otillåten metod men inte anledning till ansvarsfrihet från brottet se även NJA 1951 s. 111 ”Det har icke varit befogat att använda de åtgärder planen omfattade, och *planens verkställande har medfört, att H.I.S. förövat ett brott som han sannolikt eljest icke skulle ha begått*” (Min kursivering) Provokationen resulterade i tjänstefelsansvar och disciplinbot för den ansvarige för provokationen.

framstår som ”uppenbart otillbörliga”³⁶. HD avstod från att ta uttrycklig ställning till huruvida polisens agerande i det aktuella fallet utgjort otillåten brottsprovokation och nöjde sig med konstaterandet att metoderna i vart fall inte varit ”uppenbart otillbörliga” på så vis att någon strafflindring kunde komma ifråga. HD upprätthåller den fria bevisprövningens princip men anför en möjlig straffmätningsslösning. Formuleringsvalet tyder emellertid på att strafflindringsskäl endast skulle föreligga i extrema undantagsfall. HDs utgångspunkt i fallet är således att brottsprovokation bör beaktas först vid straffmätningen, alltså efter själva ansvarsfrågan. En dylik straffmätningsslösning har också argumenterats för i doktrin.³⁷

3.2.2 Integritetsfall

Blodprovsvalet, NJA 1986 s. 489, fastslog än en gång den fria bevisprövningens princip som grunden för den svenska bevisrätten. I fallet fann HD att RB inte utgjorde hinder att åberopa ett analysbevis som grundats på blodprov vars tillkomst stod i strid med de rättssäkerhetskrav på tvångsmedelsanvändning som framgår av RB 28 kap. Därmed kvarstår också huvudregeln att allt av bevisvärde också får förebringas. Blodprovstagningen hade skett utan sådant lagstöd som krävs för att grundlagsskyddet för den kroppsliga integriteten i RF 2:6 ska kunna åsidosättas.³⁸ HD framhöll att analysbeviset inte utgjorde en ”sådan avvikelse”³⁹ från regleringen i RB att åtgärden var att betrakta som grundlagsstridig. Avvikelsen ansågs inte grundlagsstridig, inte heller ansågs RB eller någon, för den svenska rättsordningen, grundläggande rättsprincip innebära att analysbeviset skulle avvisas. Det svenska systemet förbjöd alltså inte olagligt åtkomna bevis och dessutom ansåg HD sig kunna tillmäta sådant bevis stort värde.

Det framgår inte av domen hur HD motiverar sin slutledning att intrånget skulle vara förenligt med grundlagen. Frågan hur man bedömt den formella invändningen, eventuell processuell sanktion för avsaknad av lagstöd, kvarstår således obesvarad. Genom avgörandet underkänner HD teorin att grundlagsskyddade fri- och rättigheter bör tillmätas betydelse vid prövning huruvida viss omständighet skall kunna åberopas mot en enskild i brottmålsprocessen.⁴⁰ Lokutionen ”sådan avvikelse” utesluter emellertid

³⁶ NJA 1985 s. 544, s. 552.

³⁷ Asp P. Se Victor D. Straffansvar vid brottsprovokation (recension) s. 737f.

³⁸ RF 2:12 krav på lagstöd för undantag från bl.a. RF 2:6. Vidare uppställer paragrafen krav på att rättighetsbegränsningen skall vara godtagbar i ett demokratiskt samhälle, proportionerlig till det ändamål som föranlett begränsningen samt inte hota den fria åsiktsbildningen.

³⁹ NJA 1986 s. 489, s. 492.

⁴⁰ HDs ställning innebär ett avvisande av teorin om frukten från det förgiftade trädet, som är det amerikanska förhållningssättet. I amerikansk rätt tillåts formaliteter och teknikaliteter stundtals få, enligt min mening, oproportionerligt stor vikt för huruvida viss bevisning får åberopas (exclusionary rule). Avvägningen bakom teorin är den att upprätthållandet av konstitutionella grundprinciper rättfärdigar begränsning av möjligheten att nå den materiella sanningen. Teorin får konsekvenser av ytterlighetskaraktär som att risk för överdriven formalism medför att rena teknikaliteter hindrar lagföring. E.g. Miranda mot

inte annan framtida utgång beträffande grundlagsskyddade fri- och rättighetsrelaterade bestämmelser.⁴¹ Thelin drar en jämförande parallell till de närmare 40 år det tog för att ge RBs kontradiktoriska princip allmänt genomslag i domarkåren. I det tidsperspektivet framhåller han att det bör finnas goda utsikter även för tillämpning av konstitutionella grundprinciper i den framtida svenska processen. Mot bakgrund av HDs vaga uttrycksform kan avgörandets räckvidd och prejudikatvärde betraktas som något öppet och osäkert. Fallet prononcerar utredningsintresset på bekostnad av den tilltalades skyddsintresse. Mot bakgrund av principen om parternas likställighet i processen, equality of arms, är det tänkbart att tilldela art 6 en skyddande funktion som förhindrar att procedurregler kringgås. Bevisning som åtkommit i strid med RF eller RB och som åklagaren sedan tillåts dra fördelar av måste kunna innebära ett sådant processuellt överläge vars förenlighet med ECHR kan diskuteras.

Lundqvist har anfört att utredningsintressets styrka har betydelse för huruvida bevisning skall anses godtagbar eller inte. Analysbeviset borde, enligt Lundqvists resonemang, ha avvisats i 1986-års fall då promillehalten låg precis över gränsen för straffbar påverkan och brottet ej kunde betecknas som grovt. Lundqvist menar vidare att bevisningen däremot borde ha fått användas om det istället rört sig om grovt rattfylleri där utredningsintresset är betydligt starkare.⁴² För att principen om fri bevisföring skall kunna anses motiverad och rättfärdigad i det enskilda fallet bör konsekvenserna av en tillämpning av denna undersökas. Heuman har framhållit att det vid tvivel huruvida bevisning bör få förebringas kan vara befogat att mot principen om fri bevisföring ställa den om favor defensionis.⁴³ Lundqvists resonemang handlar om en form av differentiering av bevisrättsprinciperna utifrån brottslighetens grad och eventuellt också art. Det finns anledning att ställa sig skeptisk till ett sådant förfarande då beviskravet i brottmål, ställt utom rimligt tvivel, är detsamma oavsett brottets art och grad. Det kan också framhållas att den tilltalades intresse av att olovligt åtkommen bevisning avvisas dessutom troligen är än större då det rör sig om stigmatiserande och grova brottsformer. Principen om favor defensionis bör således i dessa situationer väga tyngre varpå motsatt resonemang kan vara motiverat. Avvisande av olovligt åtkommen bevisning skulle då aktualiseras i fall av grov brottslighet då skyddsintresset väger tyngre där.

Dissidenten i blodprovsvalet förespråkade bevisförbud för analysbeviset alternativt att det inte skulle tillerkännas något bevisvärde. Blodprovets avgörande betydelse för prövningen av ansvarsfrågan var utgångspunkt för

Arizona 1966. Se Modéer KÅ, Det nära förflutna. s. 223. Miranda rights, att brottslingar helt kan undgå lagföring om de ej i tid upplyses om sina rättigheter framstår som artfrämmande för svensk rätt.

⁴¹ Thelin K, Grundlagen och blodprovet – prov utan värde? s. 132f.

⁴² Lundqvist U. Bevisförbud. s. 271.

⁴³ Heuman L. Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen. s. 40. Favor defensionis: ”Uttryck för principen att den tilltalade i brottmål i olika avseenden har en förmånligare processuell ställning än åklagaren”, Bergström S. et al., Juridikens termer, s. 53.

den skiljaktiga meningen. Dissidenten refererade till de rättssäkerhetsskäl som motiverat den restriktiva lagstiftningen om behörighet att ta blodprov i situationer som den här aktuella. Dissidenten anförde härvid att det principiellt måste vara ytterst tveksamt att godta bevisning som inte uppfyllt de krav som stipuleras i RB 28 kap. Resonemanget är kvalitativt och innebär att den enskilde erhåller ett effektivt skydd endast vid utebliven rättsverkan. Analysbeviset borde således, enligt dissidentens mening, inte ges någon bevisverkan. Inte heller minoritetsuppfattningen utvecklar grundlagsskyddets betydelse och den formella processuella invändningen mot beviset. Fallet bedömdes alltså enbart utifrån RBs regler och isolerat från eventuella rättighetsimplikationer.

NJA 1992 s. 532 handlar inte om olovligt åtkommen bevisning men är banbrytande för den svenska bevisrätten då den traditionella bevisinställningen rubbas och avgörandet således är illustrativt beträffande bevisrättens karaktär. Fallet visar på bevisrättens påverkbarhet och dynamiska förhållningssätt till övriga rättsområden. Föremål för domstolens behandling var bevisupptagning och kontradiktion. Bevisningen som bestod av en nedtecknad målsägandeutsaga, där möjligheten till kontradiktion var utesluten, var av avgörande betydelse i målet. Bevisningen ansågs inte uppfylla ECHR:s kontradiktionskrav och befanns således otillåten. Avgörandet tydliggör att ECHR och ECtHRs praxis kan innebära att regler i RB måste tillämpas i strid med sin ordalydelse.⁴⁴ Fallet avsåg korrekt åtkommen bevisning som alltså inte fick föras in i målet på grund av att kontradiktion inte kunde uppfyllas. HD inskränkte, genom avgörandet, både den fria bevisföringens princip och den fria bevisvärderingens princip. Rättegångsfelet i HovR bestod i själva bevisföringen, att föredragning av beviset tillåts. Förfarandet bedömdes som felaktigt trots att ordalydelsen i den aktuella regeln RB 35:14 st. 1 p. 2 tillät sådan föredragning.⁴⁵ Även principen om fri bevisvärdering modifierades då HD fastslog att en nedtecknad utsaga av ”avgörande betydelse” inte får ligga till grund för fällande dom. Utsagans bevisvärde reducerades således jämfört med vad som skulle ha varit fallet vid tillämpning av de normala principerna om fri bevisvärdering.⁴⁶

I NJA 1998 s. 204 presenterade HD metoden att oklarheter beträffande viss bevisnings tillkomst skall påverka bedömningen av de slutsatser som beviset kan bidra till, alltså få reducerande effekt på bevisvärderingsplanet.

⁴⁴ Heuman L. Innebär Europakonventionen att vittnesattester inte får återopas i den utsträckning som rättegångsbalken förutsätter? s. 204. NJA II 1987 s. 200ff. ECtHRs praxis innebär att RBs bestämmelser bör tillämpas mer restriktivt än vad kanske både ordalydelsen medger och avsikten varit.

⁴⁵ RB 35:14 st. 1 p. 2; ”En berättelse som någon avgett skriftligen i anledning av en redan inledd eller förestående rättegång, eller en uppteckning av en berättelse, som någon i anledning av en sådan rättegång lämnat inför åklagare eller polismyndighet eller annars utom rätta får återopas som bevis i rättegången endast om förhör med den som lämnat berättelsen inte kan hållas vid eller utom huvudförhandling eller i övrigt inför rätten” (Min kursivering).

⁴⁶ Heuman L. Innebär Europakonventionen att vittnesattester inte får återopas i den utsträckning som rättegångsbalken förutsätter? s. 207.

Lösningen innebär en avvikelse från principen om fri bevisvärdering. Fallet rörde hanteringen av anonyma uppgifter från ett videoband vars ursprung och tillkomstsätt var oklara. Oklarheterna ansågs inte hindra åberopande av videobandet som bevisning, alltså själva bevisföringen. Åtalet ogillades slutligen på grund av bristande bevisning.

Heuman framhåller att sådan bevisvärdemässig kompensationsfunktion för tillåtande av olovligt åtkommen bevisning måste anses oacceptabel. Principen om fri bevisvärdering innebär inte att rätten enligt eget tycke kan avstå från att utnyttja bevismaterialet maximalt.⁴⁷ Heumans resonemang upplevs välgrundat då det inte är bevisningen i sig som är otillåten utan själva åtkomstsättet. Klandergrunden är därmed inte bevismedlet i sig. Bevisningen är resultatet av klandergrunden som står att finna på ett tidigare stadium, nämligen i brottsutredningsskedet och ansvariga brottsutredande myndigheters metodval. Det kan argumenteras för att motverkandet också bör ske på denna nivå medan processsammanhanget istället skall regleras av den fria bevisprövningens princip.

Rättssäkerhetsargumentationen som förs av dissidenten i blodprovsvärdet, att effektivt skydd för den enskilde förutsätter utebliven rättsverkan för olagligt åtkommen bevisning, är högst beaktansvärt. Att polis och åklagare görs medvetna om att olagligt åtkommen bevisning avvisas innebär att dessa, för att vara effektiva, inriktar sig på andra metoder samt ges incitament att bemöda sig om att finna stödbevisning då tveksamheter kring tillåtligheten av viss bevisning föreligger. Heumans inställning är att otillåtna polisiära spanings- och utredningsmetoder bör motverkas genom bevisförbud och regler om disciplinansvar för polisen och inte genom bevisvärderingsanvisningar.⁴⁸

Heuman menar att principen om fri bevisvärdering kan sättas ur kraft endast genom lagstiftning.⁴⁹ Principen favor defensionis skulle alltså inte ge anledning att reducera bevisvärdet av viss utredning. Angående bevisföringen hävdar Heuman emellertid, som nämnts tidigare, motsatsen. Tveksamheter huruvida viss bevisning bör få framläggas kan utgöra skäl att mot grundsatsen om fri bevisföring ställa principen favor defensionis.⁵⁰ Tankegången speglar Heumans uppfattning att principen om fri bevisföring är det tillgängliga instrumentet vid hantering av olovligt åtkommen bevisning. Åsikten att principen om fri bevisföring, i jämförelse med principen om fri bevisvärdering, är av öppen karaktär tycks vara förhärskande i litteraturen beträffande olovligt åtkommen bevisning.⁵¹ Även

⁴⁷ Heuman L. Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen. s. 51.

⁴⁸ Heuman L. Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen. s. 51.

⁴⁹ Heuman L. Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen. s. 45.

⁵⁰ Heuman L. Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen. s. 40.

⁵¹ Bratholm A. den straffprocessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte. s. 114f., Essunger M. Grundlagens bevisprøvningsforbud RF 2:6 i straffprocessen, s. 16, Heuman M. Om användning av narkoanalys inom straffprocessen. s. 237. Heuman L. Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen. s. 40f, 45.

ur legalitetssynpunkt och således utifrån rättssäkerhetsperspektivet torde bevisföringsförbud vara att föredra framför bevisvärderingsanvisningar.

NJA 2003 s. 323 behandlar så kallad överskottsinformation som erhållits i samband med telefonavlyssning. En intressant aspekt som inte lyfts fram i fallet är huruvida det kan anses förenligt, med bland annat kravet på proportionalitet i RF 2:12, att utnyttja uppgifter för annat ändamål än det som låg till grund för tillståndsbeslutet.⁵² Då det i fallet dessutom rörde sig om ett brott för vilket telefonavlyssning inte kan beviljas finns det anledning att ifrågasätta huruvida inte RF 2:6 förutsätter särskilda tillåtande bestämmelser för att möjliggöra utnyttjande av informationen. Rättsskyddet för den personliga integriteten måste, för att kunna benämnas skydd, inkludera inte bara anförskaftet utan även själva begagnandet av information om privata angelägenheter. Efter att ha konstaterat att RB inte hindrade användning av sådan bevisning behandlade HD frågan utifrån ECHR:s art 6 och 8. Efter hänvisning till ECtHR:s praxis fastslog HD att det kan vara legitimt att åberopa även information som åtkommit på ett sätt som är oförenligt med ECHR:s art 8. Förutsatt att rättegången i sin helhet är rättvis ansågs således sådan olovligt åtkommen information tillåten. Vid bedömningen av ett förfarandes förenlighet med art 6 beaktades bland annat huruvida informationen varit den enda bevisningen eller om domen grundats på en samlad bedömning av olika bevis. Beträffande bevisvärdet refererar HD åter till ECtHR:s praxis och anför att information erhållen i strid med artikel 8 inte ansetts hindra att denna tillmäts bevisvärde i brottmålsrättegången. Genom avgörandet fortsätter således HD att, med hänvisning till principen om fri bevisprövning, använda frukten från det förgiftade trädet.⁵³

3.2.3 Sammanfattande kommentar över nationell praxis

De fall som redogjorts för ovan har delats upp i provokations- respektive integritetsfall. Provokationsfallen har avsett tydlig provokation. Även flertalet av integritetsfallen har som sagt innefattat provokation men då avseende bevisningen. Uppdelningen har alltså gjorts utifrån när fallen även har någon integritetskränkande eller i vart fall integritetskänslig beröringspunkt.

Utifrån ovanstående uppdelning är det endast premieobligationsfallet och ädelstensfallet som kan klassas som rena provokationsfall. Av dessa kan det konstateras att brottsprovokation utgör en otillåten metod men att omständigheten att sådan otillåten metod använts inte innebär ansvarsfrihet för den tilltalade. Klassificeringen av brottsprovokation som en otillåten metod har inte i svensk rätt medfört någon diskvalificerande konsekvens för bevisningen på bevisföringsplanet utan endast eventuellt kunnat beaktas vid straffmätningen.

⁵² Lundqvist U. Bevisförbud. s. 45.

⁵³ Från amerikansk rätt stammande teori om frukt från det förgiftade trädet, se not 40 samt rubrik 5.2.

Mot bakgrund av senare praxis⁵⁴ från ECtHR är det tveksamt huruvida sådan straffmättningslösning numera är acceptabel i fall då det rör sig om aktiv brottsprovokation som i sig konstaterats utgöra konventionsbrott.⁵⁵

Integritetsfallen bekräftar den i doktrin uttalade uppfattningen att bevisprovokation generellt är tillåtet och dessutom kan tillmätas högt bevisvärde. Utredningsintresset har generellt betonats och värnats av den svenska bevisrätten. Utvecklingen i ECtHR är emellertid av väsentlig betydelse och kan innebära förändringar i den framtida svenska inställningen även till bevisprovokation. I integritetsfallen skulle equality of arms principen eventuellt kunna motivera att art 6 tilldelas en funktion som skydd för den tilltalade mot processuellt kringgående. Denna funktion skulle aktualiseras i situationer då olagligt åtkommen bevisning skulle innebära ett orättfärdigt processuellt överläge för åklagaren och staten.

HDs resonemang i de undersökta avgörandena utgår alltmer från ECHR och de krav konventionen kan tänkas ställa även på den nationella rätten. HDs senare avgöranden kan således påstås alltmer präglade av någon form av medvetenhet om rättighetsaspekten i processen. Denna rättighetsmedvetenhet kommer till uttryck i domstolarnas attityd gentemot ECHR och en i alla fall formuleringsmässigt tydlig strävan efter konventionskonformitet. NJA 1992 s. 532 visar på hur både process- och bevisrätten influeras av rättssäkerhets- och rättighetsargument. Fallet exemplifierar hur konventionskrav enligt art 6 kan medföra nationella inskränkningar, varpå det inte alls är otänkbart att rättssäkerhetsintresset är på intågande även avseende olovligt åtkommen bevisning.

Konventionsstaternas tillämpning och beaktande av ECHR och ECtHRs praxis är central för att konventionen och rättigheterna som skyddas däri ska bestå och inte urholkas. Därigenom finns det ett starkt samband inte bara mellan processrätt och mänskliga rättigheter rent allmänt utan även konkret på författningsplanet mellan RF, RB och ECHR. Processrätten innebär att det är ett levande förhållande under ständig precisering och utveckling, dels nationellt men också på ett europaplan. I ett tillägg för egen del i NJA 1992 s. 532 betonade JustR Lind vikten av att svenska processregler tillämpas så att konflikt med ECtHRs praxis undviks. Lind menar att denna strävan kan nödvändiggöra en begränsning av processmaterialet så att domstolen vid sin överläggning bortser från viss bevisning. Om denna bevisning är av avgörande karaktär skulle åtgärden i praktiken innebära att åtalet ogillas.⁵⁶ Resonemanget innebär att hänsyn till den tilltalades rätt till rättvis rättegång art 6 skulle kunna medföra att viss bevisning inte får läggas till grund för en fällande dom.

⁵⁴ Teixeira de Castro mot Portugal vilket redogörs för nedan under rubrik 4.3.1.

⁵⁵ Victor D. Straffansvar vid brottsprovokation (recension). s. 737f., 741.

⁵⁶ NJA 1992 s. 532, s. 540.

ECHR kan medföra att en rättighet preciseras till ett mer extensivt skydd än motsvarande grundlagsregel. De konstitutionella grundprinciperna kan därigenom komma att få större tyngd och kanske till och med motivera en framtida underordning av RBs principer om fri bevisprövning under fri- och rättighetskatalogen. Praxisundersökningen har således framställt bevisrätten som ett område som är beroende av, påverkas, utvecklas och förändras i takt med utvecklingen på flera andra rättsområden. Detta måste anses positivt i bemärkelsen att rätten därmed skall ses som en interagerande helhet istället för separata stלבenta system.

Ofta kan rätten tyckas tillåta bevisning genom att enbart referera till principen om fri bevisföring utan att innehållet i och innebörden av denna abstrakta princip närmare analyseras. Den rådande åsikten i både praxis och doktrin har länge varit att något hinder inte föreligger mot att åberopa bevisning som inhämtats på ett oriktigt sätt. Med anledning av ECHR och praxisutvecklingen nationellt och i ECtHR är det av intresse att rekapitulera principens innebörd. Principen om fri bevisprövning innebär att det inte uppställs någon begränsning avseende arten av det material eller de kunskapskällor som får utnyttjas i det materiella sanningssökandet. Grundsatsen uttalar sig alltså inte om huruvida åtkomstsättet bör få betydelse eller ej. Enbart hänvisande till principen är således otillräckligt för avgörande av formella invändningar gentemot olovligt åtkommen bevisning och därmed också en otillräcklig motivering från domstolens sida.

4 Art 6 ECHR och ECtHR

4.1 Art 6 ECHR i bevisrättshänseende

Art 6 är inte primärt en bevisrättslig regel utan har endast indirekt bevisrättsrelevans. Art 6 behandlas därför under en egen rubrik och inte under avsnittet om svensk bevisrätt. I det avseende art 6 får bevisrättsrelevans utgöra den givetvis en del av den svenska regleringen på området.⁵⁷ ECHR är ett instrument för mänskliga rättigheter som får straffprocessuella återverkningar genom bland annat vissa bevisrelaterade principer i art 6. ECtHR har i sin praxis betonat bevisrättens nationella förankring, vilket tyder på en relativt stor margin of appreciation för respektive stat.⁵⁸ Domstolens ordval att ”bevisrätten primärt är en nationell angelägenhet”⁵⁹ innebär att bevisrätten främst, inte endast, skall regleras nationellt. ECtHR lämnar inte tillämpningen helt fri utan förbehåller sig rätten att utifrån art 6 pröva om rättegången i sin helhet varit rättvis. I prövningen av helheten har ECtHR inkluderat även olika bevisaspekter såsom olovligt åtkommen bevisning. Rätten till en rättvis rättegång, såsom den garanteras i ECHR art 6, är en komplex rättighet uppbyggd av flera rättigheter ofta inbördes beroende av varandra och sammanflätade. Art 6 är en individuell rättighet exklusiv för den tilltalade. Nedan redogörs för de bevisrättsrelevanta komponenterna i rättigheten rätt till rättvis rättegång.

4.1.1 Oskyldighetspresumtionen

Att ha anseende till personen, när man dömer, är inte tillbörligt.⁶⁰

Oskyldighetspresumtionen är en hävdvunnen straffprocessuell princip som har en vidsträckt innebörd. Oskyldighetspresumtionen är en rättslig presumtion som gäller bortom rättegången och konstituerar något av en metanorm som legitimerar rätten i stort.⁶¹ Oskyldighetspresumtionen i art 6 st. 2 riktar sig inte enbart till domstolarna i själva processsammanhanget utan även till lagstiftaren som ska respektera den garanti för den tilltalade som följer av presumtionen.⁶² Formuleringen att den tilltalades skuld ska

⁵⁷ ECHR ratificerades av Sverige 1952, inkorporerades och trädde i kraft som svensk lag 1 januari 1995, (SFS 1994:1219).

⁵⁸ Margin of appreciation, se not 1.

⁵⁹ Närmast identisk formulering i samtliga fall som undersökts. Schenk mot Schweiz 1988, punkt 46. Teixeira de Castro mot Portugal 1998, punkt 34. Pélissier och Sassi mot Frankrike 1999, punkt 45. Khan mot Storbritannien 2000, punkt 34. P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 76. Allan mot Storbritannien 2002, punkt 42.

⁶⁰ Ordspr. 24:23.

⁶¹ Oskyldighetspresumtionen gäller från en inledande brottsmisstanke fram till lagakraftvunnen dom. Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 31ff.

⁶² ”Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld *lagligen* fastställts”. ECHR art 6 st.2 (Min kursivering).

fastställas lagligen ska inte exklusivt förstås som syftande på nationell lag utan innefattar en hänvisning till den grundläggande rule of law principen.⁶³

Rätten till tystnad⁶⁴ och rätten att inte belasta sig själv⁶⁵ är rättigheter direkt härledbara från oskyldighetspresumtionen som kan medföra konsekvenser på bevisplanet.⁶⁶ Rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv har inte bara gemensamt ursprung i oskyldighetspresumtionen utan är nära sammankopplade även i praktiken där de följer naturligt av varandra. Förverkligandet av rätten att inte belasta sig själv förutsätter en rätt till tystnad på samma sätt som rätten till tystnad blir verklighet först i och med rätten att inte belasta sig själv. Det kan härmed konstateras att oskyldighetspresumtionen har bevisrelaterade beståndsdelar och således utgör en relevant faktor vid bedömning av bland annat hur olovligt åtkommen bevisning skall hanteras för att rättegången i stort skall vara rättvis. Av oskyldighetspresumtionen följer åklagarens fulla bevisbörd samt höga krav på dennes bevisning. Nekas en tilltalad sin rätt till tystnad flyttas bevisbördan till den tilltalade, vilket är oacceptabelt utifrån oskyldighetspresumtionen. Rätten till tystnad sätter även gränser för principen om fri bevisvärdering då denna princip inte kan motivera vilka slut som helst.⁶⁷ Även kontradiktionsprincipen som behandlas nedan har samband med oskyldighetspresumtionen. Kontradiktionsprincipen är en förutsatt konsekvens av oskyldighetspresumtionen som motiverar principerna in dubio pro reo och favor defensionis som nödvändiga för att upprätthålla jämvikt i processen och därmed erhålla en rättvis rättegång.⁶⁸

”Ni kan invända att detta inte alls är någon process, och det har ni så rätt i, därför att det är ju bara om jag vidgår att det är en process som det är en dylik”⁶⁹. Josef Ks yttrande är illustrativt för förtroendespekten beträffande det rättsliga systemet i stort. Domstolens auktoritet vilar ytterst på vår acceptans av densamma och genom att skapa tilltro till rätten har kontradiktionsprincipen en förtroendeskapande och därigenom legitimerande funktion. En domstol som njuter frukten av illegal

⁶³ Dijk P, Hoof GJH. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. s. 344.

⁶⁴ John Murray mot Storbritannien 1996, utdrag ur punkt 45 ”*Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent...and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6*” (Min kursivering). Rätten till tystnad innebar emellertid inte att domstolen ansågs förhindrad att dra rimliga slutsatser från den tilltalades tystnad, utdrag ur punkt 54 st. 2 ”*Nor can it be said, against this background, that the drawing of reasonable inferences from the applicant’s behaviour had the effect of shifting the burden of proof from the prosecution to the defence so as to infringe the principle of the presumption of innocence.*” (Min kursivering).

⁶⁵ Funke mot Frankrike 1993, punkt 44. och Saunders mot Storbritannien 1996, punkt 68 med motsvarande formulering som i Murrayfallet se ovan not 64.

⁶⁶ Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s.111.

⁶⁷ Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 191f.

⁶⁸ Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 194f.

⁶⁹ Kafka F. Processen. s. 41.

bevisåtkomst, och som genom användande av sådan bevisning accepterar och uppmuntrar sådana metoder, kan väntas att förlora i förtroende.

Mot bakgrund av oskyldighetspresumtionen har ECtHR funnit det oetiskt att tvinga fram erkännande eller bevis då en person befinner sig i en pressande situation. Det är rimligt att tveksamma och okonventionella metoder bedöms mer acceptabla då personen istället befinner sig i en normal situation. Gränsen mellan brotts- och bevisprovokation är här oklar. Klart är emellertid att de utgör institut som bör bedömas med stor försiktighet. Beaktande och åtföljande av oskyldighetspresumtionen begränsar bevisanskaffningsmöjligheterna. Ett totalt negligera av rätten till integritet för att få till stånd bevis strider, enligt min mening, mot oskyldighetspresumtionen. Sådant agerande torde nämligen alltid, i större eller mindre utsträckning, förutsätta en a priori uppfattning om den misstänktes skuld. Erhållande av bevisning kräver en klart definierad, reglerad och kontrollerad misstankegrad, så är inte fallet beträffande olagligt åtkommen bevisning. Det har anförts i doktrinen att förebringande av sådan bevisning har en i viss mån urholkande effekt på oskyldighetspresumtionen, varpå den ej heller bör tillåtas i processen.⁷⁰ Enligt Nowak bör även möjligheterna till bevisupptagning begränsas med hänsyn till oskyldighetspresumtionen, alltså förespråkande av såväl bevisförings- som användarförbud. Anknyningsvis framhåller Nowak att en bevislära helt utan inskränkande bestämmelser i praktiken kan ge sken av att tillåta skuldpresumtioner och godtycklighet. Den diametrala motsatsen, en formaliserad bevislära, framställs emellertid därmed inte som det ideala alternativet men en begränsad formalisering förespråkas såsom nödvändig för en effektiv och verklig oskyldighetspresumtion.⁷¹

4.1.2 Kontradiktionsprincipen

Då sade han: ...Har du inte ätit av det träd som jag förbjöd dig att äta av?⁷²

Bibelcitatet framställer kontradiktionsprincipen som närvarande redan i begynnelsen då Gud dömer Adam och Eva. Innan Gud avkunnar sin dom ger Han, den omnipotente och omnisciente skaparen, de tilltalade tillfälle att bemöta anklagelsen. Trots full visshet om sanningen och människans skuld värnar "rätten" kontradiktion och de anklagade får därmed erfara att de behandlas rättvist. Guds handlande speglar den rättvisa rättegången i dess yttersta form. Principen om kontradiktion betraktas i flera rättssystem som en del av naturrätten och ger uttryck för den fundamentala uppfattningen att ingen domstol kan döma rättvist över en oemotsagd anklagelse.⁷³

⁷⁰ Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 178.

⁷¹ Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 193.

⁷² 1 Mos 3:11.

⁷³ Se Asser D. Audi et alteram partem: a limit to judicial activity samt Koopmans T. Natural Justice Rediviva? The Right to a Fair Hearing in European Law.

Kontradiktionskravet är centralt för idén om en rättvis rättegång i ECHR och omfattar även bevisupptagningen.⁷⁴ Den tilltalade skall uppleva att han förutsättningslöst tillåts bemöta anklagelsen utan att vara dömd på förhand. Okommunicerad bevisning är otillåten. Frågan om hur hanteringen praktiskt skall ske, alltså frågan om bevisföringen, står dock kvar. Skall bevisningen avvisas alternativt inte tillmätas något bevisvärde? I fallet P.G och J.H mot Storbritannien undanhölls försvaret viss bevisning för att inte röja polisens spaningsmetoder. ECtHR framhöll härvid att rätten att närvara vid förebringandet av bevis inte är absolut och att intresseavvägningar kan bli aktuella. Kontradiktion skall vid sådana situationer tillgodoses på annat vis så att den tilltalade tillförsäkras ett förfarande som i sin helhet är rättvist. I fallet tilläts försvaret medverka så långt möjligt och bland annat förmedlade domaren de frågor försvaret önskade ställa till den utfrågade anonyme polisen. Under förfarandets gång gjordes kontinuerligt bedömningen huruvida undanhållandet fortfarande var motiverat. Avgörande för ECtHRs slutsats, att processen i detta avseende var förenlig med kraven i art 6, var den medvetenhet om den tilltalades rättigheter och strävan att värna dessa som den nationella domstolen visat. ECtHRs uttalande att "...difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities"⁷⁵ förordar processuella sanktioner för att upprätthålla den tilltalades rättigheter. Uttalandet ger viss indikation om ECtHRs uppfattning om hur den praktiska hanteringen bör ske. Förordande av processuell sanktion som lämpligt medel talar för någon form av bevisförbud avseende bevisföringen.

4.1.3 Equality of Arms

Principen equality of arms ger uttryck för parternas likställdhet i processen och innebär att processen, för att vara rättvis, inte får gynna en part på den andres bekostnad. Syftet med ett kontradiktoriskt förfarande är att båda parter ska få kännedom om och möjlighet att framföra synpunkter på allt processmaterial. Även beträffande möjligheten att åberopa bevisning och att utföra sin talan skall parterna behandlas lika. Principen equality of arms kan därför ses som en del av, alternativt som härledd ur, kontradiktionsprincipen och är i högsta grad bevisrättsrelevant.

I brottmål får den tilltalades möjligheter att utföra sin talan inte vara sämre än åklagarens. Art 6 hindrar emellertid inte att den tilltalade i vissa delar ges en mer förmånlig ställning än åklagaren. Danelius anför att favoriserande av den tilltalade, exempelvis genom principen in dubio pro reo, är en nödvändighet för att eliminera risken att en tilltalad fälls för brott han inte är skyldig till.⁷⁶ Förfarandereglerna bör, för att vara konventionskonforma, präglas av likställdhetsprincipen och således inte på ett otillbörligt sätt

⁷⁴ Av praxis framgår emellertid att kontradiktionskravet kan tillgodoses på olika sätt och under olika stadier i processen. Se Isgrò mot Italien 1991, punkt 34. Kontradiktion under förundersökningen och kombination med annan bevisning var tillräckligt för uppfyllande av kontradiktionskravet.

⁷⁵ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 68 (Min kursivering).

⁷⁶ Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s. 195.

begränsa den tilltalades möjlighet till försvar. I svensk rätt aktualiseras härmed RB 35:1, 4 och 7. Dessa svenska bevisrättsrelevanta lagrum måste tolkas så att rätten till en rättvis rättegång i art 6 och principerna bakom denna rätt förverkligas. Den svenska domstolens avvisningsmöjlighet i RB 35:7 är en rimlig spärr mot irrelevant bevisning och har en kvalitetssäkrande funktion för förebragd bevisning. Sådan avvisningsmöjlighet är en naturlig del i alla rättegångssystem. Danelius framhåller i det sammanhanget att denna möjlighet inte får missbrukas så att ECHR:s grund, att part skall ha rätt och möjlighet att utföra sin talan och därmed möjligen också övertyga domstolen om sin sak, inte kan förverkligas.⁷⁷

Då åklagare och polis har möjlighet och tillgång till straffprocessuella tvångsmedel är parternas likställdhet i straffprocessen betydligt mindre än i tvistemål. Motivet bakom denna obalans är den vikt som tillmätts utrednings- och effektivitetsintresset.⁷⁸ Utifrån obalansen i partsförhållandet i brottmål torde det kunna pläderas för en bevisföringsregel beträffande olovligt åtkommen bevisning till förmån för den tilltalade. Favor defensionisskäl skulle då väga upp obalansen något och återetablera processens equality of arms. Resonemanget stöds av ECtHR:s uttalande att processuella åtgärder till den tilltalades fördel kan bli nödvändiga för att uppnå en rättvis rättegång.⁷⁹

4.2 ECHR bestämmelserna som positiv förpliktelse

ECHR:s bestämmelser riktar sig primärt till staten och flera av dem är av ren förbudskaraktär.⁸⁰ Statens skyldighet enligt ECHR är i dessa fall negativ, alltså skyldighet att inte handla på visst sätt, att inte kränka individuella mänskliga rättigheter. Den negativa skyldigheten är emellertid kopplad till en plikt till positivt handlande för staten så att individerna tillförsäkras sina rättigheter. Statens skyldighet till positivt handlande kan innebära stiftandet av lagregler för att skapa ett grundläggande skydd mot rättighetsövergrepp.⁸¹

Förpliktelser är en naturlig följd av mänskliga rättigheter som inte gäller bara stater utan även enskilda rättssubjekt. Som subjekt i internationell rätt har vi rättigheter genom rättighetsstandarder men även skyldighet att reciprokt erkänna och respektera andras rättigheter. Det finns en mängd rättighetsförklaringar, konventioner och deklarationer men ingen definierar konceptet mänskliga rättigheter. Kanske kan ovanstående resonemang tjäna

⁷⁷ Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s. 201.

⁷⁸ Ekelöf PO. Rättegång III häftet. s. 21f.

⁷⁹ "...in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be *sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities.*" (Min kursivering) P.G och J.H mot Storbritannien 2001, Punkt 68. se rubrik 4.1.2.

⁸⁰ Se till exempel art 2, 3, 5 och 8 med formuleringar som "Ingen skall", "Ingen får" och "får inte".

⁸¹ Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. 2 uppl. s. 59.

som förslag till definition att mänskliga rättigheter är individuella fri- och rättigheter som korresponderar med skyldighet för andra individer och stater att respektera dessa rättigheter. Utan förpliktelseelementet blir rättighetsbegreppet tomt och innehållslöst. Positiva förpliktelser för staten innebär att rättigheterna i ECHR konkretiseras och blir mer än en illusorisk ambition.

Art 6 är ingen förbudsformulering utan fastställer endast en rätt till en rättvis rättegång. Frågan är om man kan utläsa positiva förpliktelser för staten även ur art 6. Om så inte är möjligt skulle ECHR, utifrån ovanstående definition, bestå av två klasser av rättigheter varav bara ena klassens rättigheter kan betecknas som verkliga.

I Golderfallet slog ECtHR fast att art 6.1 inte bara innehåller garantier för den juridiska processen utan även innebär en grundläggande rätt till domstolsprövning.⁸² Denna rätt till domstolsprövning anges som en förutsättning för att garantierna i art 6 om ett rättvist förfarande ska bli effektiva.⁸³ Om det i nationell rätt inte föreligger domstolsbehörighet för frågor som inkluderas i art 6.1 är rättigheten kränkt. Sverige har kritiserats för frånvaro av möjlighet till domstolsprövning av vissa förvaltningsbeslut. Situationen betraktades som en brist i det svenska systemet som krävde ny lagstiftning och resulterade i rättsmedlet rättsprövningslagen.⁸⁴ Art 6 innebär således förpliktelser för staten.

Frågan för uppsatsen är vilka förpliktelser som art 6 kan tänkas innebära ur bevisrättsynpunkt. Se analyskapitlets de lege ferenda rubrik 7.1.2 för detta resonemang.

4.3 Redogörelse för och diskussion kring relevant praxis från ECtHR

Trots att ECtHR i sin praxis ständigt markerar att bevisrätten främst är en fråga för nationell rätt spelar ECtHR likväl en stor roll i harmoniseringen av den europeiska bevisrätten. Det är rimligt att förvänta sig att ECtHRs praxis i förlängningen kommer att innebära eliminering av Europas

⁸² Golder mot Storbritannien 1975, punkt 35 "It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not *first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court.* The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings", samt utdrag ur punkt 36 "...it follows that *the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1.*" (Min kursivering).

⁸³ Dijk P van, Hoof G.J.H van. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 2nd edition. s. 314f. Samt Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. 2 uppl. s. 151f.

⁸⁴ Rättighetskritiken i ECtHRs avgöranden, i bland annat Sporrang och Lönnroth 1982, Pudas 1987, Tre Traktörer AB 1989, samtliga mot Sverige, resulterade i rättsprövningslagen (SFS 1988:205).

extremregleringar.⁸⁵ ECtHRs infallsvinkel och utgångspunkt är uteslutande att fungera som garant för mänskliga rättigheter varpå ECtHRs inflytande också begränsas till att avse kränkningar av etiska principer såsom rättvis rättegång. Beträffande olovligt åtkommen bevisning är både åtkomsten av och efterföljande användning av sådan bevisning av betydelse för helhetsbedömningen av huruvida rättegången varit rättvis.

Relevant praxis kan även på Europaplan delas in i provokations- respektive integritetsfall. Distinktionen i praxisundersökningen har också här gjorts utifrån när viss åtgärd även har en integritetskränkande beröringspunkt. Även integritetsfallen rör provokationsåtgärder men aktualiserar därutöver art 8 relevanta ställningstaganden.

4.3.1 Provokationsfall

Avgörandet Teixeira de Castro mot Portugal från 1998 var klagande för den inställning som ECtHR, utifrån hänsyn till konceptet rättvis rättegång, har till bevis härstammande från polisiär provokation. Bakgrunden till fallet är att den nationella domen, där den tilltalade fällts till ansvar för narkotikabrott, grundats på bland annat upplysningar som lämnats av de polismän som tidigare provocerat fram brottet. Det rör sig om brottsprovokation, som av ECtHR betecknas som aktiv då polisen var initiativtagare till narkotikahandeln samt visade aktivitet i flera led.

Motstående utrednings- och skyddsintressen beaktades av ECtHR som bejakade att organiserad brottslighet kräver adekvata motåtgärder. ECtHR underströk att det för intresseavvägningen är avgörande vilket skede i förfarandet som åsyftas. ECHR utesluter exempelvis inte användande av olovligt åtkommen information under utredningsstadiet, användning i rättegångssammanhanget för att grunda fällande dom är emellertid en annan fråga.⁸⁶ Domstolen framhöll att polisiära metoder, även okonventionella sådana, måste ske med värnande av garantierna för ett korrekt och rättssäkert förfarande.⁸⁷ ECtHR fäste vidare vikt vid att ifrågasättande bevisning fått avgörande betydelse i de nationella domarna.⁸⁸ ECtHR menade att polisen genom sitt agerande överträtt sina befogenheter då de initierat och förmått Teixeira att begå brott han annars ej hade begått. Domstolen rubricerade knäckfrågan som ”admissibility of evidence” och uttalade därvid att den polisiära inblandningen i sig, redan

⁸⁵ Höpfel F, Huber B (Hrsg.). s. 40, 53.

⁸⁶ Teixeira de Castro mot Portugal 1998, punkt 35.

⁸⁷ ”...the rise in organised crime undoubtedly requires that *appropriate measures* be taken, *the right to a fair administration of justice* nevertheless holds such a prominent place that it *cannot be sacrificed* for the sake of expedience... Article 6 apply to proceedings concerning *all types of criminal offence*, from the most straightforward to the most complex. *The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement.*” Teixeira de Castro mot Portugal 1998, utdrag ur punkt 36 (Min kursivering).

⁸⁸ Teixeira de Castro mot Portugal 1998, punkt 38 in fine.

provokationssituationen, samt efterföljande användande av bevisningen innebar att Teixeira redan initialt berövats rätten till en rättvis rättegång.⁸⁹

Dissidenten i fallet anförde att provokationen inte borde påverka bevisens tillåtlighet då Teixeira var medveten om att han begick en brottslig gärning och att det således inte heller borde spela någon roll att det var poliser som initierade brottet. Resonemanget kan kommenteras utifrån tanken om den goda staten, en bonus pater familias. Medborgarna kan härmed ställa vissa krav på statens organ och förvänta sig ett beteende som är moraliskt oantastligt.⁹⁰ Av detta följer att även om enskilda begår brott så får staten inte svara med samma mynt, trots att sådana metoder rent pragmatiskt kan framstå som attraktiva. Denna inställning tycks även vara rådande i det nuvarande svenska rättsläget.⁹¹

4.3.2 Integritetsfall

Fallet Schenk mot Schweiz gällde frågan huruvida användandet av viss bevisning, som åtkommits olagligen av en privatperson, innebar att rätten till en rättvis rättegång kränkts. Bevisningen i fråga var en privatinspelning av ett telefonsamtal mellan Mr Schenk och Mr Pauty. Mr Pauty hade lejts av Mr Schenk för att döda hans hustru Mrs Schenk. Fallet avsåg bevisprovokation utförd av en privatperson. Utifrån en bedömning av rättegången i stort fann ECtHR att användandet av inspelningen inte innebar att Mr Schenks rätt till rättvis rättegång i art 6 kränkts. ECtHR motiverade sin slutsats med att försvarrets rättigheter inte försumrats. Inspelningen utgjorde inte ensamt den avgörande bevisningen för den fällande nationella domen utan stöddes även av andra former av bevis.⁹² Avseende det faktum att den tilltalades försvar ansågs tillfredställande tillgodosett formulerade ECtHR ett antal kriterier. Mr Schenk hade givits möjlighet att opponera sig mot inspelningens autenticitet, motsätta sig användandet av den, ifrågasätta upphovsmannen Mr Pauty, samt möjlighet att kalla och utfråga den polis som haft utredningsansvaret. Dessa kriterier medförde att förfarandet som helhet kunde betraktas som rättvist.

Den olovligt åtkomna bevisningen i fallet Pélissier och Sassi mot Frankrike utgjorde bara en liten del av ECtHRs prövning. Efter hänvisning till Schenk-fallet konstaterade domstolen att dokumentet i fråga inte varit av avgörande betydelse för den nationella domstolens fällande dom. Tillåtligheten av bevisningen kränkte därmed inte rätten till en rättvis rättegång.⁹³ Khan mot Storbritannien var ett annat fall på vilket

⁸⁹ ”...the police officers’ actions...instigated the offence...That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitely deprived of a fair trial...”, Teixeira de Castro mot Portugal 1998, utdrag ur punkt 39 (Min kursivering).

⁹⁰ Axberger HG. Brottsprovokation –en uppdatering. s. 59.

⁹¹ SOU 2003:32, s. 271.

⁹² Schenk mot Schweiz 1988, punkt 47, 48.

⁹³ Pélissier och Sassi mot Frankrike 1999, punkt 47. ECtHR fann dock att art 6.3 a och b kränkts, denna kränkning var emellertid ej bevisrelaterad varpå den lämnas därhän.

Schenkkriterierna applicerades. Aktuell avvägning i fallet var huruvida hanteringen av så kallad överskottsinformation, erhållen i samband med avlyssningsåtgärder, kränkte art 6 och/eller art 8. Avlyssningsåtgärder innebär per definition ett integritetsintrång, sådant ingrepp kan dock vara legitimt förutsatt att premisserna i art 8.2 är uppfyllda. Legitimt intrång fordrar att ingreppet är lagenligt och ägnat att tillgodose särskilda allmänna eller enskilda intressen. Dessutom skall ett legitimt ingrepp vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.⁹⁴ I Storbritannien var åtgärden ej olaglig enligt nationell rätt då intrång i privatlivet inte generellt betraktades som olagligt.⁹⁵ Konventionen kräver dock lagstöd för lagenlighet och då det inte fanns någon lag som tillät sådan avlyssning hade förfarandet inneburit en kränkning av art 8.⁹⁶ Beträffande art 6 fastslog domstolen att det här, till skillnad från Schenkfallet, rörde sig inte bara om avgörande utan den enda bevisningen mot Khan.⁹⁷ ECtHR konstaterade än en gång att den centrala frågan är huruvida rättegången som en helhet varit rättvis. Bevisningen i fråga var stark och pålitlig. Någon kränkning av art 6 ansågs inte föreligga då Schenkkriterierna avseende tillgodoseende av försvaret efterföljts. Dessutom hade bevisningens betydelse för den rättvisa rättegångens helhet, såsom engelsk rätt kräver, bedömts i varje instans.⁹⁸ De nationella domstolarna hade därmed haft möjlighet att vägra bevisningen om den lett till verklig orättvisa.

Dissidenten i Khanfallet fann det oförenligt att betrakta en rättegång som rättvis när den tilltalades skuld fastställdes enbart genom bevisning som åtkommit i strid med de mänskliga rättigheter som garanteras i ECHR. Dissidentens argumentering för att art 6 de facto kränkts grundades i motsägelsen att ett förfarande som utgör en kränkning av art 8 och strider mot ECHR:s intention, att garantera effektiva och verkliga rättigheter, betraktas som rättvist. Vidare anförde dissidenten att ECtHR genom sitt ställningstagande snarare subventionerar än motverkar användandet av otillåtna polismetoder. Resonemanget kan kommenteras utifrån det oundvikliga att även rättigheter ibland ställs emot varandra och kräver avvägningar som medför viss inbördes rangordning. Beträffande förfarandets effekter på de brottsbeivrande myndigheterna kan det argumenteras för att motverkandet av otillåtna metoder istället bör ske genom reglerna för disciplinansvar och tjänstefel.

I fallet P.G och J.H mot Storbritannien var det information erhållen i samband med avlyssningsåtgärder, dels i en lägenhet, dels på en polisstation, som konstituerade den kritiserade bevisningen. I fallet var det ostridigt att polisens övervakning av lägenheten innebar ett integritetsintrång, frågan var om åtgärden varit legitim enligt art 8.2.

⁹⁴ Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s. 263.

⁹⁵ Rätten till privatliv skyddas numera enligt HRA 1998 och kränkning av denna rätt är således numera olaglig även nationellt i Storbritannien.

⁹⁶ Khan mot Storbritannien 2000, punkt 28.

⁹⁷ Khan mot Storbritannien 2000, punkt 37.

⁹⁸ Khan mot Storbritannien 2000, punkt 38 Schenkkriterierna uppfyllda, punkt 39 PACE s. 78 möjlighet se nedan 5.1, punkt 40 Art 6 ECHR ej kränkt.

Omständigheterna överensstämde med de i Khanfallet och även här ansågs åtgärden, i avsaknad av lagstöd, innebära en kränkning av art 8.⁹⁹ Beträffande avlyssningen på polisstationen aktualiserades räckvidden av art 8 och skyddet för privat- och familjeliv. Domstolen konstaterade att art 8 avser att skydda rätten till identitet och personlig utveckling även i relation med omvärlden. Begreppet privatliv ansågs således inkludera även en interaktiv zon med andra människor i offentliga sammanhang. Genom att avlyssningen på polisstationen innebar processande av personlig data avseende de tilltalade, så ansågs även denna avlyssning innebära en kränkning av art 8.¹⁰⁰ Vid bedömning av rättegångens förenlighet med art 6 konstaterades att det inte rört sig om den enda bevisningen, samt att Schenkkriterierna, som åter tillämpades, uppfyllts varpå kraven på ett rättvist förfarande ej heller kränkts.¹⁰¹ ECtHR har konstaterat att åtkomstsättet för bevisning ingår i helhetsbedömningen av om förfarandet varit rättvist.¹⁰² Denna bedömning har preciserats till att ”involve[s] an examination of the alleged ”unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.”¹⁰³. Formuleringen innebär, vilket också praxis visar, att kränkning av annan konventionsrättighet inte automatiskt medför kränkning av art 6. ECtHRs uttryckssätt kan dock tolkas som ett konstaterande att kränkning av annan konventionsrättighet, i samband med bevisåtkomsten, kan få sådana konsekvenser för förfarandets ”fairness” att rätten till en rättvis rättegång art 6 kränks vid bevisföringen.

Allan mot Storbritannien är ytterligare ett integritetskänsligt bevisprovokationsfall. Till skillnad från tidigare fall bedömdes bevisföringen av olovligt åtkommen bevisning i detta fall faktiskt innebära en kränkning av art 6 och rätten till en rättvis rättegång. Bevisprovokationen bestod dels i spridda avlyssningsåtgärder på polisstationer, dels utnyttjande av en privatperson, utrustad med avlyssningsmateriel, som informatör. På samma sätt som i Khanfallet ansågs avlyssningen inte ha varit ”in accordance with the law”, så som art 8.2 kräver för att integritetsintrång skall anses legitimt. Art 8 hade således kränkts genom bevisprovokationsåtgärden. Sådan kränkning innebär emellertid inte, som tydliggjorts av Khanfallet, att den tilltalade per automatik också nekats rätten till en rättvis rättegång. Informatören placerades i Allans cell i syfte att få fram information om Allans eventuella inblandning i ett mord.

Den ifrågasatta och från Allans sida motsagda bevisningen var ett påstått erkännande om hans närvaro vid mordplatsen. Erkännandet var inte del av inspelningen och byggde på informatörens ord. Vid förhören hade Allan upplysts om sin rätt till tystnad, en rätt han också valde att utnyttja. ECtHR framhöll på nytt att rätten att inte anklaga sig själv och rätten till tystnad är

⁹⁹ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 37, 38.

¹⁰⁰ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 56, 62, 63.

¹⁰¹ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 79, 81.

¹⁰² P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 76.

¹⁰³ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 76 (Min kursivering).

centrala komponenter för ett rättvist förfarande.¹⁰⁴ ECtHRs prövning utgick därmed också ifrån huruvida dessa rättigheter upprätthållits i det nationella förfarandet. ECtHR uttalade att möjligheten att välja sin rätt till tystnad undermineras i fall, så som detta, då den misstänkte som i förhörssituationen aktivt valt tystnad, parallellt av samma myndighet utsätts för försåtliga metoder för att få fram erkännande eller andra självbelastande uttalanden. Huruvida rätten till tystnad urholkats i sådan utsträckning att rätten till rättvis rättegång därmed kränkts beror på omständigheterna.¹⁰⁵ På sitt juridiska biträdes inrådan hade Allan konsekvent alltsedan tillfångatagandet valt att nyttja sin rätt till tystnad. På polisens uppdrag och enligt deras instruktion placerades informatören i Allans cell för det specifika ändamålet att locka fram, för Allan, belastande material. Den bestridna bevisningen utgjorde som i Khanfallet den huvudsakliga bevisningen, men skiljde sig ifråga om beviskvalitet. Allanfallet skiljer sig vidare från Khanfallet genom att bevisningen utgjordes av icke spontana och framlockade uttalanden som resultat av informatörens ihärdiga frågor. ECtHR fann härvid att förfarandet var funktionellt jämförbart med det formella polisförhöret men utan skyddsgarantier för den misstänkte. Informationen hade således tillkommit mot Allans vilja varpå användandet av bevisningen så kränkte rätten till tystnad att även rätten till en rättvis rättegång art 6 kränkts.

4.3.3 Sammanfattande kommentar över ECtHRs praxis

ECtHRs inställning till sin roll vid prövning av bevisrelaterade mål är tydlig och gemensam för samtliga här redovisade fall. Med en i det närmaste identisk formulering klargör ECtHR sin ståndpunkt och även utgångspunkten för prövningen. ”While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it *does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such*, which is therefore *primarily* a matter for regulation under *national law*. The court therefore *cannot exclude as a matter of principle* and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. *It has only to ascertain whether [the] trial as a whole was fair.*”¹⁰⁶ Formuleringen innebär att bevisrättsliga frågor främst skall regleras nationellt och endast indirekt, i själva tillämpningen, faller under art 6 och rätten till en rättvis rättegång. ECtHR tar avstånd från att principiellt ge besked och uttala sig om tillåtligheten av olovligt åtkommen bevisning. Eventuell bevisproblematik har istället inkluderats i helhetsbedömningen av enskilda förfarandens uppfyllande av kraven på en rättvis rättegång.¹⁰⁷ Åtkomstsättet och efterföljande användning av bevis

¹⁰⁴ Allan mot Storbritannien 2002, punkt 44.

¹⁰⁵ Allan mot Storbritannien 2002, punkt 50, 51.

¹⁰⁶ Schenk mot Schweiz 1988, punkt 46 (Min kursivering). Närmast identisk formulering i samtliga övriga fall. Teixeira de Castro mot Portugal 1998, punkt 34. Pélissier och Sassi mot Frankrike 1999, punkt 45. Khan mot Storbritannien 2000, punkt 34. P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 76. Allan mot Storbritannien 2002, punkt 42.

¹⁰⁷ Bevisproblematik som en del av helhetsbedömningen framgår av bl.a. P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 76. ”The question which must be answered is whether the

kan således ha betydelse för och innefattas i prövningen av förfarandet i stort.

ECtHR betonar ofta fallspecifika omständigheter varpå avgörandena följaktligen ofta är starkt in casu orienterade. ECtHRs konsekventa avstående från principiella ställningstaganden gör det svårt att dra generella slutsatser och manar till försiktighet vid tolkning av räckvidden för ECtHRs praxis. ECtHR har ingen formell prejudikatdoktrin. Generellt har ECtHR dock eftersträvat en koherent rättstillämpning vilket också märks genom att ECtHR i sina avgöranden ofta hänvisar till tidigare fall. Ovanstående praxisredogörelse pekar också på en strävan efter koherens och konsekvens. Frånvaron av en formell prejudikatlära kan ses som en följd av ECHR:s karaktär. ECHR har av ECtHR beskrivits som ett levande instrument vilket också skall tolkas som ett sådant i ljuset av dagens förutsättningar. ECtHR:s syn på ECHR innebär ett dynamiskt och utvecklingsinriktat förhållningssätt vilket också är påtagligt.

Trots särskiljande fallspecifika omständigheter visar Allanfallet på en utveckling i skärpande riktning. I fallet ansågs användandet av bevisning åtkommen genom bevisprovokation, som tidigare generellt accepterats, kränka rätten till en rättvis rättegång.

I bedömningen av olovligt åtkommen bevisningen har det av ECtHRs praxis traditionellt framgått att användning av sådan bevisning inte i sig medför att kraven på rättvis rättegång inte tillgodosätts. Möjligheten att grunda fällande dom på sådan bevisning har således inte heller uteslutits, en inställning som, Allanfallet undantaget, exemplifieras av samtliga integritetsfall ovan. I Allan- och Teixeira-fallet frångår ECtHR det traditionella resonemanget. Allanfallet avser bevisprovokation medan Teixeira-fallet avser brottsprovokation. Provokationens karaktär, aktiv brottsprovokation respektive passiv bevisprovokation, får genomslag i ECtHRs bedömning av därav resulterande bevisanvändnings art 6-förenlighet.¹⁰⁸ I Teixeira-fallet markerar ECtHR tydligt att förfarandet på grund av provokationen redan från början och irreversibelt innebär en kränkning av rätten till en rättvis rättegång.¹⁰⁹

Vid brottsprovokation innebär redan provokationssituationen att rätten till en rättvis rättegång kränks. Bevisprovokationssituationen är betydligt svårare att bedöma och beror mer på en bedömning av flera omständigheter. Bevisprovokation är en allmänt accepterad polisiär metod. Allanfallet visar emellertid att det finns gränser där bevisprovokation komprometterar rätten till en rättvis rättegång bortom det acceptabla. Genom Allanfallet ger ECtHR art 6 en skyddande funktion mot kringgående av processregler.

proceeding as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair” (Min kursivering).

¹⁰⁸ Aktiv respektive passiv provokation, Danelius terminologi. Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s. 212.

¹⁰⁹ Teixeira de Castro mot Portugal 1998, punkt 39. Se även Victor D. Straffansvar vid brottsprovokation (recension). s. 741.

Användning av bevis som anskaffats genom bevisprovokation kränker rätten till rättvis rättegång om provokationen innebär att det processuella skyddet för den misstänkte, så som rätten till tystnad, kringgås. I Allanfallet är det rätten till tystnad som kränkts så allvarligt att även rätten till rättvis rättegång måste anses kränkt. Formuleringen tyder på en kvalitativ och kvantitativ bedömning av kränkningens art och grad. Rätten till tystnad framhålls härmed som en sådan rättighet som om den inte förverkligas kan medföra att förfarandet inte anses som rättvist. ECtHR markerar härmed att flera av komponenterna i art 6, rätten till en rättvis rättegång, är bevisrättsrelevanta även beträffande bevisföringen och bevisanvändningen. Kränkning av rätten till privatliv i art 8 medför inte automatiskt en kränkning av rätten till en rättvis rättegång vilket pekar på helhetsperspektivet och även indikerar viss rättighetshierarki avseende relevansen för rättigheten rättvis rättegång. Enligt ECtHRs praxis verkar en tämligen hög kränkingsgrad krävas för att en kränkning av rätten i art 8 överhuvudtaget ensamt skall kunna innebära en kränkning av rätten i art 6.

Det måste vara rimligt att tolka ECtHRs uttryckssätt som ett konstaterande att kränkning av annan konventionsrättighet, i samband med bevisåtkomsten, faktiskt *kan* få sådana negativa konsekvenser för processens "fairness" att rätten till en rättvis rättegång kränks vid bevisföringen. Detta i sig kan ses som tillräckligt för att kritisera en fullständig tillämpning av den svenska traditionella fria bevisföringens princip.

I både Allan- och Teixeirafallen framhåller ECtHR själva bevisanvändandet som det kränkande momentet. Tillåter man sig att dra aningen extensiva konsekvenser av Allanfallet så skulle en framtida underordning av principen om fri bevisföring i förhållande till RBs regler om tvångsmedel och RFs fri- och rättigheter inte te sig som en omöjlig utveckling. Sådan skyddsfunktion är en aspekt som kan motiveras även utifrån principen om equality of arms. ECtHRs slutledning i Teixeira-fallet innebär att det enligt rådande rättsläge föreligger konventionsbrott, i vart fall från åtalets väckande, då det rör sig om aktiv brottsprovokation. Teixeira-domen läst i ljuset av det senare avgörandet P.G och J.H fallet,¹¹⁰ där ECtHR antyder möjligheten till processuella åtgärder, kan anses förorda ett bevisföringsförbud beträffande bevisning åtkommen genom aktiv provokation.

Aktiv brottsprovokation har ansetts otillåten i svensk rätt alltsedan NJA 1960 s. 522. Vad som tillkommit är att det numera möjligen krävs processuell sanktion i form av bevisförbud för att rättegången skall vara rättvis och uppfylla kraven i art 6.

Sammanfattningsvis visar ECtHRs praxis att rättighetstanken måste finnas närvarande i alla steg av det straff- och processrättsliga systemet. ECtHRs praxis betonar därmed det straffrättsliga systemets helhet. ECtHRs

¹¹⁰ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 68.

motvilliga bevisrättspraxis ger främst uttryck för domstolens, i egenskap av internationellt organ, övervakande roll.¹¹¹

¹¹¹ Mulcahy L-A. Human Rights and Civil Practice. s. 402.

5 Komparativa aspekter på uteslutande av olovligt åtkommen bevisning

Det komparativa perspektivet innefattar en metod att visa på skillnader och likheter i olika rättskulturer. Perspektivet bidrar till ökad ödmjukhet inför det egna systemets självklarhet och främjar därmed kritisk analys av såväl det egna som det främmande systemet.¹¹² Uppsatsens komparativa stycken avser England, Amerika och EU. Genom att kontrastera dessa rättskulturer med varandra syftar kapitlet till att visa på en i förhållande till svensk rätt alternativ syn på olovligt åtkommen bevisning och hur denna bör hanteras straffprocessuellt. Vidare utgör kapitlet analysunderlag för konventionskonformiteten i det svenska systemets hantering av olovligt åtkommen bevisning.

USA är en federal statsbildning bestående av delstater med respektive rättsordningar. Som nämnts tidigare avser jämförelsen endast den federala domstolen och då främst Supreme Court eftersom det är på det federala planet som en jämförelse med Sverige blir mest konstruktiv. Den amerikanska federala rättskulturen är emellertid strukturmässigt intressant att jämföra med det europeiska samarbetet i den europeiska unionen. Den europaorienterade diskussionen nedan visar på frågor som aktualiseras vid intentionen att harmonisera flera rättsordningar. Den amerikanska rättskulturen illustrerar ett förhållningssätt till den problematik som uppstår ur en federal struktur.

5.1 England – PACE s. 78 Exclusion of unfair evidence

In any proceedings the court *may refuse* to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to *all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission* of the evidence would have such an *adverse effect on the fairness of the proceedings* that the court ought not to admit it.¹¹³

Den engelska rätten har inte fullt ut inkorporerat ECHR i det nationella systemet. Den engelska HRA från 1998 anger de konventionsrättigheter som skyddas därav. Syftet med HRA var att ge ECHR:s fri- och rättigheter vidare effekt i nationell lag.¹¹⁴ Ordvalet är en tydlig indikation på att ECHR inte inkorporerats som sådan och således inte heller givits full effekt.¹¹⁵

¹¹² Bogdan M. Komparativ rättskunskap. s. 19f., 27.

¹¹³ PACE 1984 s. 78 st. 1 (Min kursivering).

¹¹⁴ Av preambeln till HRA följer att “[The HRA] gives further effect in domestic law to the rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights.”.

¹¹⁵ Mulcahy L-A. Human Rights and Civil Practice. s. 11.

I engelsk rätt finns en möjlighet att mot bakgrund av rättvisekonsekvenser för förfarandet avvisa viss bevisning. Sådan möjlighet anses följa redan av common law men uttrycks sedan 1984 i Police and Criminal Evidence Act, PACE s. 78 som fått central betydelse vid bedömning av bevisföringstillåtlighet. Bestämmelsens exakta räckvidd är osäker trots att den praktiskt åberopas och tillämpas allt oftare.¹¹⁶

Bestämmelsen innebär att domstolen ges en möjlighet, efter urskillning, att avvisa viss bevisning. Regleringen får alltså inte tolkas som en skyldighet. Ställningstagandet skall grundas på en helhetsbedömning där åtkomstsättet och omständigheterna kring bevisåtkomsten inkluderas. Regleringen avser själva bevisföringen och denna måste resultera i "unfairness" för att bevisning ska kunna uteslutas. PACE s. 78 motiverar således inte att bevis avvisas enbart för att markera att bevisåtkomsten skett på ett icke tillfredsställande sätt.¹¹⁷ PACE s. 78 innebär således inte en anslutning till den amerikanska doktrinen om frukten från det förgiftade trädet.

Bedömningen av vad som ingår i konceptet rättvis rättegång tillåter beaktande av både den tilltalades, offrets samt samhällets intressen. Det är endast denna mer teoretiska aspekt som aktualiserar ett proportionalitetsresonemang.¹¹⁸ "Fairness" begreppet i PACE s. 78 torde däremot uteslutande vara att hänföra till den tilltalades intresse av en rättvis rättegång. Beträffande den praktiska tillämpningen av PACE s. 78 har det, mot bakgrund av oändliga fallspecifika omständigheter, inte ansetts lämpligt med generella riktlinjer.¹¹⁹ Det har emellertid uttryckts att situationer där en misstänkts konstitutionella rättigheter kränkts är en övertygande men inte avgörande faktor för uteslutande av bevisning.¹²⁰

Resonemanget kring PACE s. 78 stämmer i stort med ECtHRs avvägningar och utgångspunkter vid bedömning av huruvida rätten till en rättvis rättegång kränks i och med viss bevisning. Kopplingen till art 6 har också kommit till uttryck i praxis där samma kriterier ansetts gälla både för den nationella PACE s. 78 som för art 6.¹²¹ Likheterna med ECtHRs prövning av olovligt åtkommen bevisnings effekter på förfarandets "fairness", bidrar säkert till att existensen och den möjliga tillämpningen av PACE s. 78, av ECtHR i flera fall angetts som en bidragande anledning till att förfarandet inte kränkt art 6.¹²²

¹¹⁶ Richardson P.J (editor). Archbold 2003. s. 1475.

¹¹⁷ Richardson P.J (editor). Archbold 2003. s. 1475.

¹¹⁸ Richardson P.J (editor). Archbold 2003. s. 1521f.

¹¹⁹ R mot Samuel [1988] .

¹²⁰ Mohammed (Allie) mot Staten [1999] 2 A.C. 111.

¹²¹ R mot Parris, [2002] 1 A.C. 146, HL.

¹²² Khan mot Storbritannien 2000, punkt 39.

5.2 USA – 4th Am The exclusionary rule

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*¹²³

Flera av rättigheterna i den amerikanska bill of rights är straffprocessuellt orienterade.¹²⁴ Genom att direkt reglera polis och individ förhållandet har fjärde tillägget fått särskilt genomslag och resulterat i drastiska processuella konsekvenser. Beträffande uteslutande av viss bevisning kompletteras fjärde tillägget av bland annat femte tillägget om individens rätt att inte behöva vittna mot sig själv. Innehållet i tilläggen överensstämmer i stort både med den svenska fri- och rättighetskatalogen och ECHR:s bestämmelser.¹²⁵ Till skillnad från den svenska rättstraditionen finns det i amerikansk rätt dessutom en praxis som ger effekt åt nämnda rättighetsgaranti. Fjärde tilläggets ”Exclusionary rule”, uteslutanderegeln, innebär att huvudregeln för bevisföring i brottmål är att bevisning som vid åtkomstsituationen kränkt konstitutionella rättigheter skall uteslutas.¹²⁶

Exclusionary rule innebär en strikt tillämpning av doktrinen om den förgiftade frukten. I amerikansk rätt är således den förgiftade frukten, i motsats till svensk, också förbjuden. Den praktiska effekten därav blir att den tilltalades brott neget av en efterföljande kränkning av det konstitutionella skyddet. Förhållningssättet är främmande för det traditionella svenska systemet där polisiära metoder visserligen kan bedömas som otillåtna men ändå inte medför ansvarsfrihet. Fjärde tillägget får effekt på två plan i det straffrättsliga systemet. Dels genom att ange och precisera regler och förutsättningar för polisens tvångsmedelsanvändning, dels processuellt genom att reglera hanteringen av bevisning som åtkommit i strid med de regler som utkristalliserats.¹²⁷ Utvecklingen på de båda områdena är inbördes beroende och sker således parallellt.

Exclusionary rule har modifierats från automatisk bevisavvisning till uteslutande först efter en bedömning av om polisen som anskaffade bevisningen uppträtt i god tro på ett åtgärds- eller tvångsmedelstillstånd som var juridiskt bristfälligt.¹²⁸ Med sin praxis kring vad som ska anses utgöra ”probable cause” och vad som kan sägas uppfylla kravet på

¹²³ The Bill of Rights, 4th am till den amerikanska konstitutionen (Min kursivering).

¹²⁴ Articles 4, 5, 6, 7 och 8 i the Bill of Rights är av straffprocessuell karaktär.

¹²⁵ RF 2:6 samt ECHR främst art 6 och 8.

¹²⁶ Essunger M. Grundlagens bevisprövningsförbud RF 2:6 i straffprocessen. s. 44.

¹²⁷ Den dubbla funktionen hos the exclusionary rule framgår av Weeks mot Förenta Staterna 1914 där regeln först formellt fastslogs. Exclusionary rule angavs som nödvändig för att undvika polisiärt maktmissbruk och för att skydda individens konstitutionella rättigheter enligt fjärde tillägget. Se rättsfallet s. 393.

¹²⁸ Förenta Staterna mot Leon 1984 fastslog ett godtro-undantag till ”exclusionary rule” där bevisning fick förebringas trots att bevisåtkomstgårderna varit grundlagsstridiga.

”reasonableness” har USAs Supreme Court begränsat tillämpningsområdet för konstitutionens ”exclusionary rule”.¹²⁹

Den amerikanska exclusionary rule har, med rätta, kritiserats för att ignorera ursprungsbrottet.¹³⁰ Den strikta bevisrättsliga regeln påverkar den amerikanska straffrättsprocessens karaktär. Processytet har förändrats från prövning av den tilltalades skuld eller oskuld till prövning av polisens metoder.¹³¹ Sanningssökandet som processens mål går förlorat då sökandet efter förfarandefel i utredningen tar överhanden. Uteslutanderegeln i sig har inte uttryckligt konstitutionellt mandat utan är en inte oomtvistad metod som domstolen valt för att garantera de rättigheter som konstitutionen skyddar. Det amerikanska systemets lösning har emellertid varit och är ännu konstitutionens och rättigheternas suveräna överlägsenhet. Den amerikanska rättighetscentreringen har emellertid ett högt pris i form av bristande allmänförtroende för domstolen då effektiv lagföring i många fall, som en följd av teknikaliteter, uteblir.

Uteslutanderegeln utgår ifrån de konstitutionella rättigheterna och det är också den infallsvinkel som den amerikanska domstolen intagit. Den svenska rättighetskatalogen är inte på samma sätt den naturliga utgångspunkten och flera av RFs rättigheter kan begränsas genom lag för att tillgodose allmänna intressen. Rättighetsinskränkningarna där allmänna intressen ges företräde avser situationer som är allmänt accepterade eller helt enkelt oundvikliga i ett demokratiskt samhälle.¹³² Den väsentliga skillnaden mellan det svenska och det amerikanska systemet är vilken makt som har kompetensen att avgöra vad som utgör en godtagbar rättighetsbegränsning. Var denna kompetens finns i respektive system speglar även den rättskulturella förankringen för besluten, allmänna intressen eller individuella rättigheter. I Sverige avgör lagstiftaren godtagbara begränsningar, i USA är det istället domstolarna som genom sina avgöranden identifierar de allmänna intressen som är av sådan dignitet att individuella rättigheter kan eftersättas. Återigen handlar det om dikotomin allmänna intressen och individuella rättigheter och hur dessa optimalt främjas i motsatssituationen. Svaret kan sökas i de konstitutionella grundprinciperna där Sverige och USA skiljer sig diametralt.¹³³

5.3 En europeisk konstitution i sikte

För Sveriges del finns det fyra primära rättskällor för mänskliga rättigheter; ECHR, EG/EUrätt, nationell lag samt internationella konventioner. Dessa överlappar varandra i mycket men ges också olika effekt i den nationella domstolen. Gemenskapsrättens skydd för mänskliga rättigheter är under utveckling vilket innebär att den gemenskapsrättsliga påverkan blir allt

¹²⁹ CJJ 1979/80 s. 305f.

¹³⁰ CJJ 1979/80 s. 307.

¹³¹ CJJ 1979/80 s. 308.

¹³² RF 2:12 se SOU 1975:75 s.101.

¹³³ Se kapitel 6.

större.¹³⁴ EG/EU-rättens suveränitet påverkar det nationella fri- och rättighetsskyddet som i förlängningen troligen kan komma att minska i betydelse.¹³⁵

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna från år 2000 togs fram som ett politiskt dokument och har i sig ingen rättsligt bindande effekt. I konstitutionsförslaget införlivas stadgan som därmed också blir juridiskt bindande gentemot EUs institutioner, förutsatt att konstitutionen träder i kraft. Det handlar inte om identifiering av nya rättigheter utan skillnaden är att befintliga rättigheter synliggörs och genom att de ges rättslig effekt blir verkliga effektiva rättigheter. Konstitutionen slår även fast att ”unionen *skall* ansluta sig till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.”¹³⁶ Unionens anslutning till ECHR och rättighetsstadgan som en del av konstitutionen är ett väsentligt ställningstagande för unionsrätten som kan sägas utvidga sitt tillämpningsområde.¹³⁷ Genom att sätta fokus också på konstitutionella rättigheter ges unionsmedborgarskapet mer innehåll. Konstitutionen skulle innebära att unionen ges handlingskraft utöver det ekonomiska samarbetet. Följaktligen framstår också unionens värde och mål som en mer konkret del av unionsrätten och mottot ”förenade i mångfalden”¹³⁸ blir mer än tomma ord.¹³⁹

Som sjätte land ratificerade Grekland nyligen konstitutionsförslaget som för att träda i kraft måste godkännas av samtliga 25 EU medlemsstater.¹⁴⁰ Ingressen till konstitutionens andra del, där stadgan om de grundläggande rättigheterna inkorporeras, slår fast att ”Unionen sätter *människan* i centrum för sin verksamhet”.¹⁴¹ Formuleringen innebär att individperspektivet betonas och det framhålls som ”*nödvändigt att stärka skyddet* av de

¹³⁴ EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Art. II-107 st. 2 Rätt till rättvis rättegång.

¹³⁵ Mulcahy L-A. Human Rights and Civil Practice. s. 129f. Se även EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Art 1-6 där unionsrättens företrädare framför medlemsstaternas rätt uttryckligen fastslås. ”*Konstitutionen och den rätt som antas av unionens institutioner* genom utövande av de befogenheter som den har tilldelats *skall ha företrädare framför medlemsstaternas rätt.*” (Min kursivering).

¹³⁶ EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Art I-9 punkt 2, mening 1 (Min kursivering).

¹³⁷ Unionens anslutning till ECHR möjliggörs genom konstitutionens art 1-7 där anges att ”Unionen skall vara juridisk person”. EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Art 1-7.

¹³⁸ EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Art I-8 st. 3.

¹³⁹ EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Art I-2, I-3 punkt 1. Som unionens allmänna värdegrund framhålls bland annat demokrati, rättsstatsprincipen och respekt för de mänskliga rättigheterna. Främjandet av dessa unionens värden fastslås som ett av unionens mål.

¹⁴⁰ 19.4.2005 Grekland sjätte landet att godkänna EUs konstitution, tidigare ratificerad av Litauen, Ungern, Spanien, Slovenien och Italien. Att ratifikation krävs av samtliga medlemmar framgår av EUs konstitution art IV-447 punkt 2. EUT C310 16.12.2004.

¹⁴¹ EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Del II om de grundläggande rättigheterna, ingressen s. 41 (Min kursivering).

grundläggande rättigheterna mot bakgrund av samhällsutvecklingen,...den vetenskapliga och tekniska utvecklingen, *genom att göra dessa rättigheter mer synliga*¹⁴². Formuleringen markerar stadgans bekräftande funktion av bland annat rättigheterna i ECHR och de rättigheter som sägs utgöra gemensam författningstradition för EU-medlemmarna.

Rätten till en rättvis rättegång skyddas i art 107 i konstitutionens andra del och ska tolkas som att ha samma innebörd och räckvidd som motsvarande rättighet i ECHR.¹⁴³ Genom konstitutionen ges ECJ och nationella domstolar uttrycklig kompetens att tolka stadgan om de grundläggande friheterna. Det formulerade rättighetsskyddet i konstitutionen innebär också att ECJs tolkningsutrymme och fria skön minskar vilket är positivt ur legalitetssynpunkt och för att uppfylla rättsstatssträvan. Anslutningen till ECHR innebär att unionen exponeras för extern kontroll av ECtHR. Enligt min mening indikerar detta något av ett paradigmskifte, från ett kollektivistiskt förhållningssätt till ett mer individorienterat och rättighetsmedvetet.

Beträffande rätten till en rättvis rättegång är det främst gemenskapsrättens straffrätt och polissamarbete som aktualiseras. Konstitutionen innebär att samarbetet på dessa områden intensifieras. Tanken bakom det förstärkta samarbetet är att underlätta bekämpandet av gränsöverskridande brottslighet. Under rubriken nedan utvecklas den föreslagna straff- och processrättsliga modellen.

5.3.1 Corpus Juris, en model för ett europeiskt straffrättssystem

Unionsrättens utveckling på rättighetsområdet illustreras bland annat i kommissionens grönbok om planer på en europeisk åklagare för att skydda den Europeiska gemenskapens ekonomiska intressen från organiserad transnationell brottslighet.¹⁴⁴

Ur svenskt perspektiv kan grönbokens förslag om godtagande av bevisning karaktäriseras som artfrämmande. Den svenska principen om fri bevisföring utgår traditionellt från att ingen bevisning skall underkännas, den skall värderas istället vilket inte är uppfattningen i grönboken. Grönbokens hållning baseras på principen om ömsesidigt erkännande enligt vilken all lagligt införskaffad bevisning skall godkännas i hela Europa.¹⁴⁵ Processrätt

¹⁴² EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av enkonstitution för Europa. Del II om de grundläggande rättigheterna, ingressen s. 41 (Min kursivering).

¹⁴³ EUT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Del II om de grundläggande rättigheterna, art II-112 punkt 3. ”I den mån som denna stadga omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna skall de ha *samma innebörd och räckvidd som i konventionen*. Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.” (Min kursivering).

¹⁴⁴ KOM(2001) 715 slutlig.

¹⁴⁵ KOM(2001) 715 slutlig, s. 58f .

och bevisfrågor är av avgörande betydelse för rättssystemets effektivitet och den föreslagna principen om ömsesidigt erkännande av bevisning är grundad i just effektivitetstanken. Ett europeiskt åklagarinstitutets effektivitet förutsätter att det bevismaterial som inhämtats också kan användas i rättegången.

Enligt kommissionen och Corpus Juris 1997 måste bevisning vara lagligen inskaffad för att få användas i en domstolsprocess.¹⁴⁶ Tanken med kravet på lagligt bevisanskaffande är att rättssäkerheten ska garanteras i alla stater. Det ska inte finnas utrymme för spekulation om huruvida bevisning framkommit på olagliga eller tveksamma grunder. Om bevisning samlats in på lagligt eller olagligt vis avgörs av det landets lag där bevisningen befunnit sig, det gällande nationella regelverk där bevisningen insamlats. Även beträffande avvísningsreglerna är det lagen i bevisningens ursprungsland som gäller.¹⁴⁷

I svensk rätt finns det inga regler som utesluter bevisning från domstolens prövning, ett förhållningssätt som är ovanligt i de flesta europeiska länder.¹⁴⁸ Svenska domstolar kan, mot bakgrund av principen om ömsesidigt erkännande av bevisning, i framtiden tvingas avvisa viss bevisning om den inskaffats i annan medlemsstat och enligt ursprungslandets regler är olovligt åtkommen. Den fria bevisprövningens princip kommer sålunda att förlora sin exklusivitet vilket också påtalats av det svenska rättssystemets företrädare.¹⁴⁹

De nationella regelverken påverkas direkt av det nuvarande EU-fördragets art 6 där medlemsstaterna förbinder sig att följa ECHR och EUs stadga för mänskliga rättigheter.¹⁵⁰ Svensk rätt har förhållandevis strikta regler för

¹⁴⁶ Delmas-Marty M. Corpus Juris. 1997 utdrag ur art 33.1 Exclusion of evidence illegally obtained; "In proceedings...evidence *must be excluded if it was obtained...either in violation of the fundamental rights enshrined in the ECHR...or in violation of applicable national law*" (Min kursivering).

¹⁴⁷ KOM(2001) 715 slutlig, s. 59. Även i detta avseende stämmer kommissionens uppfattning i stort överens med Corpus Juris. Utdrag ur art 33.2 "The national law applicable to determine whether the evidence has been obtained legally or illegally must be *the law of the country where the evidence was obtained*. When evidence has been obtained legally in this sense, it should not be possible to oppose the use of this evidence...But it should *always be possible to object to the use of such evidence...even where it was obtained in accordance with the law of the country where it was obtained, if it has nevertheless violated rights enshrined in the ECHR...*" (min kursivering). Art 33.2 innebär emellertid att det med hänvisning till ECHR:s rättigheter kan bli aktuellt med uteslutande av såväl lagligt som olagligt åtkommen bevisning. Artikelns uttryck för valet av en rättighetsbaserad processuell sanktionsmöjlighet innebärande att bevisning inte får föras. Regleringen är öppen då den avser all form av bevisning, lovlig såsom olovlig.

¹⁴⁸ Delmas-Marty M, Vervaele JAE. The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. s. 27.

¹⁴⁹ Delmas-Marty M, Vervaele JAE. The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. s. 362.

¹⁵⁰ EU fördraget art 6 "Unionen bygger på principerna om *frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna. Unionen skall som allmänna*

tvångsmedelsanvändning. Samtidigt har nationella domstolar inte avstått från att njuta frukten av det förgiftade trädet och olaglig såväl som olovligt åtkommen bevisning har fått införas i rättegången och dessutom tillmätts högt bevisvärde. Rättssäkerheten kan således, ur ett isolerat bevisfrågeperspektiv, sägas både förlora och vinna på kommissionens förslag.

Ett eventuellt införande av gemensamma straffprocessuella regler för Europa är inte problemfritt, då det dels krävs respekt för de specifika nationella egenheterna, dels krävs att rättssystemen erkänner och accepterar varandra fullt ut. Kommissionen har gett uttryck för vikten av medlemsstaternas reciproka förtroende för varandras straffrättsystem.¹⁵¹ Trots en formellt gemensam värdegrund i ECHR är de rättskulturella skillnaderna stora och uppenbara även inom Europa. Flertalet av dessa helt skilda regleringar anses i allmänhet uppfylla ECHR:s krav på en rättvis rättegång, något som beaktande de avsevärt olika bevisrättsinställningarna är anmärkningsvärt. Förutsebarhet, legalitet, legitimitet och grundläggande värderingar, som för rättssystem i allmänhet förtroendeskapande förutsättningar, är emellertid gemensamma för rättssystemen. Frågan är vad som kan utgöra grund för ett ömsesidigt förtroende och en rättslig gemenskap mellan 25 olika nationella straffrättsystem. Kommissionen har formulerat tanken att "...detta förtroende vilar särskilt på den *gemensamma grund* som deras trohet mot principerna om *frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna* och de grundläggande friheterna samt *rättsstatsprincipen* utgör."¹⁵² De element som kommissionen hänvisar till pekar på bevisrättens implikationer på fundamentala konstitutionella principer, samhällsstrukturer och mål, vilket tydliggör bevisrättens rättsfilosofiska dimension.

Enligt ovan skulle unionsrätten alltså få konsekvenser för den svenska principen om fri bevisföring. Antalet fall med rent faktiska divergenser mellan det svenska och unionens förhållningssätt kommer troligen vara tämligen begränsat då det endast handlar om europeiska åtal. Hursomhelst är det otillfredsställande att den svenska processen kan betrakta olovligt åtkommen bevisning med ursprung Sverige som tillåten, medan olovligt åtkommen bevisning inskaffad i annan medlemsstat avvisas enligt det landets lag. Det är en principfråga som inte är oviktig ur legalitetsynpunkt. Läget kan dessutom eventuellt aktualisera en form av forum-shopping

principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Unionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater. Unionen skall se till att den har de medel som den behöver för att nå sina mål och genomföra sin politik." (Min kursivering).

¹⁵¹ "Förverkligandet av ett gemensamt område för utredning och lagföring förutsätter att medlemsstaterna har ett ömsesidigt förtroende för varandras straffrättsystem."

KOM(2003) 128 slutlig s. 13.

¹⁵² EUT C 12/02 15.1.2001 s. 10. Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål.

problem på bevisanskaffningsplanet eftersom val av land ingalunda är neutralt då det avgör tillämpliga bevisupptagningsregler. Diskrimineringsituationer är också problem som skulle kunna uppstå mot bakgrund av bevisrättsregleringen. Sverige skulle ur denna aspekt, för europeiska åtal, vara ett attraktivt ursprungsland för olovligt åtkommen bevisning.

Träskman har karakteriserat problemet utifrån att corpus juris skapar två nationella processordningar. Corpus juris blir en specialstraffprocesslag vid sidan om den allmänna processlagen i det nationella sammanhanget. Träskmans konklusion är att det både saknas tillräckligt förtroende mellan staterna och tillräcklig politisk vilja från dessa för ett förenhetligande på området.¹⁵³ Som nämnts tidigare innebär förslaget att den fria bevisföringens princip förlorar sin exklusivitet i RB då alla medlemsstaters respektive bevisupptagningsregler kan aktualiseras i svenska domstolar om den europeiske åklagaren åttalar i Sverige.

I uppföljningen och utvärderingen av unionens straffprocessmodell representerades det svenska systemet av Professor Nils Jareborg. Beträffande artikel 33 ansågs denna, efter ändring i Corpus Juris, förenlig med svensk rätt.¹⁵⁴ Ändringen består av ett tillägg till första stycket att "...such evidence is *only excluded* where its admission would *undermine the fairness* of the proceedings to admit it".¹⁵⁵ Formuleringen kan ses som en indikation på att den unionsrättsliga modellen ansluter sig till det förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning som ECtHR förespråkat. Lokutionens hänvisning till en diskretionär prövningsrätt utifrån begreppet "fairness" påminner dels om ECtHRs helhetsbedömning av en rättvis rättegång och även den engelska nationella avvisningsmöjligheten i PACE s. 78. Det är intressant att svensk rätt anges som förenlig med Corpus Juris artikeln då det svenska traditionella förhållningssättet troligtvis inte i alla situationer skulle ses som förenligt med ECHR's krav på rättvis rättegång, alltså avseende just fairnessbegreppet.

¹⁵³ Träskman PO. Corpus Juris – Ett frestande eller ett främmande förslag till en enhetlig europeisk rättssfär?

¹⁵⁴ Delmas-Marty M, Vervaele JAE. The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. s. 361.

¹⁵⁵ Delmas-Marty M, Vervaele JAE. The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Appendix III: Corpus Juris 2000 (Draft agreed in Florence). s. 189ff.

6 Konstitutionalism

Konstitutioner är starkt beroende av kontexten i vilken de verkar. Det betyder till exempel att en rättighetskatalog kan få helt olika genomslag beroende på i vilket sammanhang den finns. Under följande kapitelrubriker redogörs för och kontrasteras olika konstitutionella kontexter. USA och Sverige som för konstitutionalism illustrativa jämförelsesubjekt används som pedagogiska instrument även här i kapitlets inledande del. USA och Sverige som förklaringsbakgrund kan motiveras utifrån uppsatsens frågeställning huruvida domstolen är en lämplig konstitutionell garant. Subjekten skiljer sig åt i konstitutionella grundprinciper och även i respektive traditionella förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning. Skillnader är ofta mer illustrativa än likheter varpå förhoppningen är att jämförelsen skall tydliggöra respektive förhållningssätts konstitutionalismkonsekvenser.

USA och Sverige resresenterar i mycket två diametralt olika rättskulturer som ställer common law systemet mot civil law systemet. Det svenska systemet är emellertid inte ett helt renodlat civil law system då både lag och prejudikat betraktas som rättskällor. USA är ett common law land med en skriven konstitution vilket ofta betraktas som en civil law företeelse. Även strukturellt skiljer sig det federala USA mot nationalstaten Sverige. Det amerikanska systemet präglas av en maktdelningsprincip som utgör demokratins garant. Detta kan kontrasteras med att demokrati i Sverige närmast definieras som majoritetsstyre varför folksuveränitetsprincipen regerar. Skillnaden mellan common- och civil- lawtraditioner minskar emellertid i och med det kulturella närmande som pågående globaliseringstendenser innebär. Den ökade betydelsen av prejudikat i civil law länder motsvaras av ökad normintensitet i common law länderna.¹⁵⁶ Skillnaderna bör således inte överdrivas.¹⁵⁷

Konstitutionalism är ett komplext begrepp och primärt bör det klargöras att enbart existensen av en konstitution inte är någon garanti för konstitutionalism och därmed inte heller någon definierande karakteristik. Konstitutionalism kan istället beskrivas utifrån idén att politisk interaktion styrs av ett överordnat auktoritativt regelsystem, konstitutionen eller grundlagen, som ett åtagande för staten.¹⁵⁸ Detta åtagande kan vara mer eller mindre effektivt vilket får konsekvenser för den konstitutionella textens auktoritet. Konstitutionalism kan betraktas som ett tämjande av den

¹⁵⁶ Något som HRA är ett exempel på i England.

¹⁵⁷ Glendon MA et al., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. s. 136. Jfr Legrand P. *European Systems are not Converging*. Legrand är av en divergerande åsikt som framhåller och cementerar skillnaderna. Legrands modell grundas på strikta definitioner av common- och civil law kulturer mot bakgrund av deras inställning till rättskällorna. Modellen lämnas här utan vidare kommentar då den inte passar på den svenska domstolens rättstillämpning som förhåller sig till både lag och prejudikat.

¹⁵⁸ Stone Sweet A. *Governing with Judges*. s. 21.

av folket erhållna makten. Resultatet eller effekten av konstitutionalism kan antingen uttryckas som ett förverkligande av konstitutionen, däribland mänskliga rättigheter, i juridikens verklighet eller som rule of law och rättsstatsideal¹⁵⁹.

Ett lands konstitution tillhandahåller identitetsmarkörer dels för styrelseskicket, dels för juristerna som aktörer.¹⁶⁰ Dessa markörers genomslag får konsekvenser på konstitutionalismkonceptet. Syftet bakom konstitutionalism och en sann konstitution är som sagt att säkerställa och förverkliga medborgerliga fri- och rättigheter genom att begränsa statsmakten. Konstitutionalism inkluderar tre sådana maktbegränsande teorier.¹⁶¹ Makt kan bindas, begränsas och balanseras, teorierna utgör således tre metoder för att kontrollera auktoritativa beslutande handlingar. Makt kan bindas genom processuella regler och principer exempelvis legalitetsgrundsatsen¹⁶². Syftet med att begränsa makt är att skydda vissa områden från politiskt intrång, ett ändamål som uppnås genom kataloger över individuella fri- och rättigheter.¹⁶³ Balanserandet av makt avser maktindelningsteorier för att uppnå ett moderat styre. För konstitutionalism tycks det rimligare att, såsom Locke, betrakta mänskliga rättigheter som en del av naturrätten och således apriori till staten än att se rättigheter som enbart legala konstruktioner. Effekten av att rättigheter ses som mer än enbart legala konstruktioner är att konstitutionen då inte är grunden för utan istället en konsekvens av de redan existerande rättigheterna.¹⁶⁴ Lockes propertyrights eller ett naturrättsligt grundat rättighetskoncept ger automatisk legitimitet åt rättigheter som en naturlig och självklar maktbegränsande auktoritet. Det naturrättsliga rättighetsbegreppet ger även ett materiellt innehåll åt rule of law begreppet utöver legalitetsprincipen.

Både i USA och Sverige begränsas den offentliga makten teoretiskt av rättighetskataloger i respektive konstitution. Frågan är i vilket maktsystem som rättighetsbegränsningen får störst genomslag. I vilket maktsystem som rättigheterna förverkligas bortom det teoretiska stadgandet. Kontrasterna är de olika utgångspunkterna för uppfyllande av demokrati. Den amerikanska maktindelningsprincipen mot den svenska folksuveräniteten. Se vidare diskussion under rubriken nedan.

Det kelsenianska argumentet är en semantisk analytisk teori som avser frågan vad det innebär att ha en rättighet, alltså en fråga om legal giltighet och legitimitet.¹⁶⁵ I motsats till Lockes propertyrights är den kelsenianska

¹⁵⁹ Rättsstat som ”beteckning på den samhällsform där statsorganen och staten själv anses skyldiga att följa den gällande rättens regler och där garantier finns mot missbruk av statsmakten.” Juridikens termer. s.147.

¹⁶⁰ Modéer KÅ. Öppna gränser. s. 109.

¹⁶¹ SOU 1999:76 s. 13c, Hermansson J. Om att tämja folkmakten.

¹⁶² RF 1:1 st. 3 ”Den offentliga makten utövas under lagarna”.

¹⁶³ Sverige; RF 2 Kap och ECHR, USA; Bill of rights am. I-X, England; HRA.

¹⁶⁴ Nergelius J (red.). Rättsfilosofi. s. 41.

¹⁶⁵ Smith E (red.). Grundlagens makt. s. 225.

modellen ett försök att förankra lagens normativitet i lagen själv.¹⁶⁶ Kelsens argument är rättspositivistiskt och utgår från att all rätt har instiftats av människor. Syftet är att identifiera normativitetens ursprung om separationsteorin är sann och lag alltså autonom i förhållande till moral.¹⁶⁷ Kelsen förutsätter grundnormen, en innehållslös kompetenskonstruktion bakom konstitutionen som enbart kräver konstitutionell förenlighet och därmed förser alla efterföljande normer med formell legitimation. Konstitutionens uppgift i det juridiska systemet är således att ge normerna nedåt i normhierarkin normativitet.¹⁶⁸ En förutsättning för konstitutionens effekt är att den betraktas som legitim vilket i sin tur nödvändiggör att konstitutionen är kulturellt ankrad och att samhälleliga djupstrukturer reflekteras däri. Exempel på sådana djupstrukturer är just mänskliga rättigheter och rättsstatsprinciper. Enligt resonemanget ovan är normers legalitet och politisk legalitet i grunden samma sak.

Rättsstatsidealet och rule of law är oundgängliga föreställningar i konceptet konstitutionalism. Rule of law inkluderar tre moment, begränsat styre, jämlikhet inför lagen och konstitution som resultatet av naturrätt. Genom att utgöra en materiell gräns för den offentliga makten har rule of law, som nämnts tidigare, samband med legitimitetsbegreppet. Denna materiella gräns kompletterar den vanliga legalitetsprincipen.¹⁶⁹ Syftet med att tämja och begränsa den offentliga makten är att skydda vissa områden från politiskt intrång. Fri- och rättighetskataloger är sådana styrelsebegränsningar.¹⁷⁰

Någon form av maktindelning anges ofta som förutsättning för förverkligande av konstitutionalism.¹⁷¹ Maktindelning, som i den amerikanska styrelsestrukturen, är ett instrument för att uppnå moderat styre. Maktindelningsprincipen framstår därmed som ett viktigt element av konstitutionalism som kan karaktäriseras som en nödvändig, men inte ensam tillräcklig, komponent för konstitutionalismkonceptet.

6.1 Konstitutionalistaspekten applicerad på aktuella rättsliga system

Genom att ställa tre frågor kan konstitutionalistaspekten appliceras på rättsliga system och tydliggöra präglingsgraden av och förutsättningarna för konstitutionalism. Den svenska rättskulturen kommer i detta sammanhang att ställas mot uppsatsens komparativa jämförelsesobjekt, England, USA och EU. Frågorna, som till viss del diskuterats under rubriken ovan, kan formuleras som; hur makten tilldelas, hur den kontrolleras och slutligen hur den begränsas. För uppsatsens del är det främst domstolens makt i

¹⁶⁶ Rättsstatsens böra se Nergelius J (red.). Rättsfilosofi. s. 107f.

¹⁶⁷ Separationsteorin är en deskriptiv teori av vilken följer att bara för att något är moraliskt riktigt innebär det inte nödvändigtvis att det är juridiskt riktigt. Teorin hävdar således att det inte finns något nödvändigt samband mellan lag och moral, lag och rättvisa.

¹⁶⁸ Nergelius J (red.). Rättsfilosofi. s. 108f.

¹⁶⁹ Nergelius J (red.). Rättsfilosofi. s. 41.

¹⁷⁰ RF 2 kap. ECHR, Bill of rights am. I-X, HRA.

¹⁷¹ Allan TRS. Constitutional Justice. s. 31, Dworkin R. Law's Empire. s. 166.

respektive system som är intressant. Frågorna är illustrativa för i vilken grad ett system kan sägas uppfylla konstitutionalismkonceptet.

6.1.1 Svenska rättskulturen

Tilldelandet av makt sker genom kompetensregler. Den svenska domstolens rättskipande verksamhet regleras i RF 11 kap tillsammans med övrig förvaltning.¹⁷² Domstolens faktiska makt framgår inte konkret av RF 11 kap. Det närmsta kompetensregel som RF kommer är RF 11:4 ”*Om domstolarnas rättskipningsuppgifter, om huvuddragen av deras organisation och om rättegången föreskrives i lag.*”¹⁷³ Den svenska rättskulturen karaktäriseras av en i praktiken relativt osjälvständig domstol vilket följer redan av regleringen i RF. Skyddet för den grundlagsfästa principen om domstolens oavhängighet kan inte anses särskilt starkt.¹⁷⁴ Kritiker menar att tydligare kompetensfördelning, alltså någon form av maktdelning, behövs för att erbjuda ett skydd mot försök till maktmissbruk.¹⁷⁵

Den svenska domaren har en grundlagsfäst lagprövningsrätt¹⁷⁶ och skyldighet. Lagprövningsinstitutet utgör en kontrollmekanism av den styrande och lagstiftande makten. I Sverige har detta institut emellertid fått begränsad praktisk tillämplighet, vilket torde bero dels på domarrollens traditionella inställning, dels på lagrummets uppenbarhetskrav. Rättssäkerhet är ett centralt värde i Sverige vilket framgår redan av RFs första kapitel. Stark lagstiftningslojalitet medför visserligen förutsebarhet men det finns samtidigt en risk att lagstiftningslojaliteten blir så stark att domaren före rätten tjänar politikernas intresse. I förlängningen är ett sådant resultat förödande ur rättssäkerhets- och förtroendeaspekten. Den svenska domarrollen framstår således som till stor del intresse- och statförankrad. Rättighetsskydd är en konkret begränsning av makt. Det svenska rättighetsskyddet aktualiserades först på 1970-talet då rättighetskatalogen i RFs andra kapitel infördes, detta skydd förstärktes 1995 i samband med inkorporeringen av ECHR.

HDs justitieråd utses av regeringen vilket kan indikera politiskt betingade utnämningar eller i vart fall att sådan risk föreligger. Tanken med domarnas

¹⁷² Av RF 1:9 framgår krav på formell rättvisa, likhet inför lagen, domstolens saklighet och opartiskhet. ”Domstolar...skall i sin verksamhet beakta allas *likhet inför lagen* samt iakttaga *saklighet och opartiskhet.*” (Min kursivering).

¹⁷³ RF 11:4 (Min kursivering).

¹⁷⁴ Petrén G. Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform. s. 10f.

¹⁷⁵ Lagerbjelke. Självständighet under lagarna. s. 199, Nergelius J. Konstitutionellt rättighetsskydd. s. 151ff. Samt Nergelius J. Makt utan motvikt. s. 42, 64.

¹⁷⁶ RF 11:14 ”Finner domstol eller annat offentligt organ att en *föreskrift* står i strid med bestämmelse i *grundlag* eller *annan överordnad författning* eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, *får föreskriften icke tillämpas.* Har *riksdagen* eller *regeringen* beslutat *föreskriften*, skall *tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart.*” (Min kursivering). Normprövningsrätt är egentligen en mer korrekt beteckning än lagprövningsrätt då RF 11:14 avser även andra föreskrifter än lag. Beteckningen lagprövning är emellertid gängse varpå den används här. Notera att lagprövningsrätten sker mot bakgrund av grundlag *eller annan överordnad författning.* ECHR måste vara att betrakta som sådan överordnad författning.

grundlagsfästa anställningsskydd är att konstituera ett skydd mot politisering. Frågan är emellertid vilken reell verkan skyddet har då det gäller endast ordinarie domare och dessutom endast torde få effekt för de ordinarie domare som nått slutposter i domarkarriären. Den otydliga kompetensfördelningen i kombination med den traditionella lagstiftarlojaliteten innebär att domstolarna även i sitt dömande blir bundna av lagstiftarens intresseavvägningar som oundvikligen präglas av politiska intressen. Som en följd av detta framstår svenska domstolar mer som verkställighetsorgan än makthavare. Domstolarnas verksamhet reduceras till verkställighetsorgan som dessutom regeras av den styrande och lagstiftande makten som inte begränsas i någon vidare utsträckning.¹⁷⁷

6.1.2 Engelska rättskulturen

Storbritannien har en konstitution men ingen skriven sådan och passar således in i den strikta definitionen av common law system. Den engelska konstitutionen är vag i konturerna då den inte består av en auktoritativ text utan istället utgörs av flera lagar med konstitutionell karaktär såsom till exempel bill of rights från 1689, Act of settlement 1701 och European Communities Act 1972. Den konstitutionella konstruktionen saknar formell auktoritet som kodifierad konstitution och bedömningen av vilka lagar som skall äga auktoritet som konstitutionell lag är istället materiell.¹⁷⁸

Avsaknaden av en skriven auktoritativ konstitution medför en obegränsad lagstiftningsfrihet för parlamentet som inte är bunden av någon högre rätt. Principen om denna parliamentary supremacy är fundamental i det engelska systemet även om den modifierats av EU-medlemskapet. Den brittiska lagstiftarsuveräniteten kan per definition sägas vara oförenlig med principerna för konstitutionalism och begränsat styre.¹⁷⁹

Ett karakteristiskt drag för den brittiska konstitutionen är maktförening av den verkställande och den lagstiftande makten. Den dömande makten är mer fristående. Annars saknas som sagt strikt institutionsuppdelning i Storbritannien. Den engelska domstolen har ingen konstitutionell lagprövningsrätt och kan således inte ogiltigförklara parlamentets lagstiftningshandlingar.¹⁸⁰ Trots en så kallad självständig domstol är alltså

¹⁷⁷ Självständighetsprincipen följer av RF 11:2 ”Ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall.” (Min kursivering). RF 11:6 e contrario innebär att domstolarna inte lyder under regeringen. I praktiken finns det emellertid inget hinder för regeringen att dra in domstolarna i sin maktsfär. Det bristfälliga konstitutionella skyddet för domstolarna betyder att grundlagsreglernas praktiska värde ytterst beror på riksdag och regerings villighet att respektera självständigheten då lagstiftaren har stora möjligheter att bryta genom skyddsbestämmelserna. Petré G. Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform. s. 7f, 12ff.

¹⁷⁸ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 28ff, 32.

¹⁷⁹ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 6.

¹⁸⁰ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 7, 47.

möjligheten att utöva verklig kontroll på den styrande maktens agerande utsluten redan i teorin.¹⁸¹

Frånvaron av en effektiv kontrollfunktion för domstolen gör att självständighetens verkliga innehåll kan ifrågasättas. Domarnas oavhängighet kränks kanske inte ofta i praktiken. Förhållandet att skyddet för oavhängigheten främst består av samhällsliga konventioner och praxis, snarare än konstitutionell lag, är emellertid högst otillfredsställande då det bygger på och förutsätter idéen om en god stat och ett gott styre. Det är inte tillräckligt att konstitutionell lag och konstitutionella principer fungerar i det rådande samhället. Tanken med den konstitutionella rätten är att den skall vara ett skydd för och tillförsäkra individen frihet genom att begränsa den offentliga makten oavsett hur samhället utvecklas och om den goda staten är en fortsatt realitet eller ej. Genom politiskt orienterad tillsättningsprocess och även politiserad avsättningsmöjlighet kan den brittiska domstolen indirekt utsättas för politiska påtryckningar. Även om sådan påverkan i praktiken är relativt liten eller kanske till och med obefintlig innebär det ändå att den dömande makten motverkas.¹⁸² I ett system som dessutom, genom att den lagstiftande och den verkställande makten är förenad, saknar inbördes kontrollsystem framstår domstolens oavhängighet som särskilt viktig.¹⁸³

Domstolens bristande möjlighet att skydda individens rättigheter är en följd av att principen om parliamentary supremacy konstitutionellt fordrar att domstolarna tillämpar även rättighetskomprometterande lagstiftning. Den brittiska domstolens otillräcklighet på rättighetsområdet blev tydlig i och med att ECtHR istället framstod som individernas effektiva domstol. Genom HRA 1998 som syftade till att ge domstolen utökad kompetens i rättighetsfrågor reformerades den brittiska konstitutionen. Även med HRA skulle emellertid full lagprövning utifrån rättighetsaspekten vara oförenlig med principen om parliamentary supremacy. Domstolarna ges därför endast en formell rätt att förklara viss lag för oförenlig med konventionsrättigheter. Rättighetskränkande lagstiftning blir således inte ogiltig utan fortsätter vara i kraft tills parlamentet beslutar att förändra lagstiftningen så att den överensstämmer med ECHR. Det faktum att lagstiftaren anförtros även den korrigerande makten är illustrativt för den brittiska konstitutionens politiska karaktär, där politikerns handlande, snarare än domstolarnas, är utslagsgivande för rättighetsrelaterade frågor.¹⁸⁴ Detta innebär att systemet innehåller en inbyggd intressekonflikt när lagstiftaren som generellt stiftar lag för att uppnå allmänna intressen också skall korrigera sin egen lagstiftningsprodukt för att främja individuella rättigheter.

I sammanhanget kan återigen PACE s. 78 nämnas. Denna ger domstolarna en praktisk processuell korrigeringsmöjlighet utifrån rättighetshänsyn.

¹⁸¹ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 35.

¹⁸² Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 148.

¹⁸³ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 130.

¹⁸⁴ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 49f.

PACE s. 78 handlar inte om lagprövning men innebär att rättigheten rättvis rättegång praktiskt och konkret integreras i det engelska systemet. Den processuella lösningen kan indirekt verka begränsande på den lagstiftande makten då det gäller den polisiära utredande verksamheten samt tvångsmedelsanvändningen och åtalsmöjligheterna.

6.1.3 Amerikanska rättskulturen

Den amerikanska konstitutionen från 1789 karaktäriseras av maktindelning, federalism och rättighetsskydd. Konstitutionens art 3 tilldelar domstolen "the judicial power". Som en följd av maktdelningsprincipen är amerikanska domare konstitutionellt tillförsäkrade en maktposition. De lagstiftande, dömande och verkställande makterna ses som jämställda. Maktdelningsprincipen innebär en klar kompetensfördelning som medför oavhängighet för domstolen. Genom *Steel Seizure* fallet slog Supreme Court fast en skyldighet för både den lagstiftande och den verkställande makten att rätta sig efter den dömande maktens utslag.¹⁸⁵

Supreme Courts professionalism hotas av en politiserad utnämningsprocess som äventyrar maktdelningsprincipens oavhängighet.¹⁸⁶ Supreme Courts ledamöter utnämns på livstid av presidenten, utnämmandet skall sedan godkännas av senaten. Senatens godkännande är en del av den amerikanska konstitutionens system av "checks and balances" som bygger på en inbördes kontrollmöjlighet mellan den lagstiftande, verkställande och dömande makten. Systemet avser att genom ett samtidigt beroende och oberoende av varandra upprätthålla maktbalansen. I praktiken är domstolen en makt med lagförslags öden i sina händer, vilket gör det attraktivt för en lagstiftande makt att utse personer med värderingar som överensstämmer med lagstiftarens. Domstolen är då inte oavhängig trots att den genom maktläran tillförsäkras en oberoende maktposition.

USAs maktdelningsmodell innebär att ansvaret för allmänna intressen ligger på lagstiftaren medan domstolen i sina avgöranden skall värna individuella rättigheter. Lagprövningsinstitutet i USA är en produkt av Supreme Courts praxis¹⁸⁷ som utgör en praktisk realitet och innebär en form av judiciell politisk kontroll. Rättighetsskydd är ett begränsande av makt,

¹⁸⁵ *Youngstown Sheet & Tube Co. mot Sawyer*. Se Nergelius J. Konstitutionellt rättighetsskydd. s. 380. Domstolen avgör tvister som uppkommer beträffande maktindelningen i konstitutionen. Jfr med svenska situationen där domstolarna ytterst regeras av den styrande makten.

¹⁸⁶ Se Derschowitz A. *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. Om presidentvalet Bush mot Gore.

¹⁸⁷ Supreme Courts lagprövningsrätt skapades i *Marbury mot Madison* 1803. Som grund för en sådan rätt kan maktindelningen och art VI st. 2 Supremacy Clause anges. "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding". Lagprövningsrätten finns emellertid inte fastlagd i konstitutionen. Se Nergelius J. Konstitutionellt rättighetsskydd. s. 384, 370f.

konstitutionens rättighetskatalog är av äldre modell och omfattar relativt få rättigheter som inte närmare anger om eller hur eventuell begränsning i lag är möjlig.¹⁸⁸ Värnandet av individuella rättigheter har som sagts anförtrotts åt domstolen och med den öppna konstitutionen ligger det på Supreme Court att genom sin tolkning bilda de egentliga grundlagsreglerna. Konstitutionens innehåll blir därmed vad domarna genom sina avgöranden ger den. Domstolens kompetens, den makt den tilldelats genom konstitutionen, innebär att den amerikanska domstolen kan klassas som individ- och rättighetsförankrad. Denna förankring kommer till uttryck i domstolens praxis som, ofta och stundtals i ren formalism, erkänner individuella rättigheters företräde framför allmänna intressen.

6.1.4 Framväxten av unionens rättskultur

Oavsett vilken framtid det nu aktuella konstitutionsförslaget går till mötes kan man redan utifrån nu gällande fördrag skissera en befintlig konstitution för EU eller i alla fall konstatera vilka konstitutionella principer som råder. ECJ har genom sin praxis formulerat bland annat rule of law som en fundamental unionsprincip. Även principerna om direkt effekt och EG/EU-rättens företräde framför nationell rätt är konstitutionella principer som identifierats av ECJ. Som maktfördelningsprincip har ECJ, snarare än strikt maktindelning, förespråkat en maktbalans mellan unionens institutioner med inbördes kontrollmöjligheter.¹⁸⁹

Europeiska unionens domstol framhålls i konstitutionsförslaget som en del av unionens institutionella ram. Samtidigt fastställs en legalitetsprincip för samtliga institutioners verksamhet.¹⁹⁰ Domstolens grundläggande uppgift definieras i art I-29 till att ”säkerställa att lag och rätt följs”. Av artikeln följer vidare att domstolen skall bestå av en domare från varje medlemsstat vilket kan betecknas som en konstitutionell kontrollfunktion. Domarna som utnämns skall vara personer vars ”oavhängighet inte kan ifrågasättas”¹⁹¹. Domarna sitter för perioder på sex år och kan utnämnas igen. Det faktum att medlemsstaternas domarrepresentanter utses av respektive medlemsstats regering, samt att samma domare kan utses på nytt kan inte anses helt optimalt ur oavhängighetssynpunkt. Risken för politisering och politiskt orienterade avgöranden från domare som vill utnämnas igen gör att stadgandet om domarnas oavhängighet inte upplevs helt grundat i procedurförfarandet.

Art III-369 innehåller en kompetensbeskrivning för unionens domstol som är behörig att, genom meddelande av förhandsavgöranden, tolka konstitutionen samt giltigheten och tolkningen av unionens institutioners, organs och myndigheters akter. Europeiska unionens domstols behörighet att tolka konstitutionen torde medföra positiva legitimitetskonsekvenser för

¹⁸⁸ Nergelius J. Konstitutionellt rättighetsskydd. s. 710.

¹⁸⁹ Barendt E. An Introduction to Constitutional Law. s. 75ff.

¹⁹⁰ EGT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av konstitution för Europa. Art I-19.

¹⁹¹ EGT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av konstitution för Europa. Art I-29 punkt 2 st. 3.

unionen i stort. Den europeiska unionens domstol skall även ha en laggranskande funktion över lagenligheten av unionens rättsakter.¹⁹² Med kraft att ogiltigförklara viss akt innebär det en avsevärd judiciell kontrollmakt. Som specifik klagogrund anges maktmissbruk vilket betonar intentionen att skapa en inbördes konstitutionell kontroll av makten.¹⁹³

En avsevärd utveckling i och med konstitutionsförslaget sker på rättighetsfronten, som tidigare inte haft något utrymme inom unionen utöver en vag målsättning att ECHR:s rättigheter skall respekteras. Genom införlivande av rättighetsstadgan och anslutning till ECHR betonar konstitutionsförslaget individperspektivet och förser unionsmedborgarskapet, åtminstone teoretiskt och ambitionsmässigt, med ett verkligt innehåll.¹⁹⁴ Rättighetsskyddet begränsar maktutövandet i unionen och den externa kontrollen som unionen utsätter sig för genom ECHR anslutningen innebär en reell kontroll och en reell rättighetsgaranti.

6.2 Sammanfattande diskussion

Rättskulturer är under ständig utveckling och det ligger i själva begreppet kultur att det på intet sätt handlar om ett statiskt koncept. Rättskultur inkluderar inte bara det rent rättsliga systemet utan även bakomliggande präglade strukturer och ideologier. Ovanstående rubriceringar ska således inte tolkas som att uteslutande unionens rättskultur är under utveckling. Rubriken ”Framväxten av unionens rättskultur” syftar på den högst aktuella utvecklingen av en konkret gemensam konstitution för EU.

Uttryckt i intressetermer kan det utifrån jämförelsen konstateras att den svenska och engelska rättskulturen representerar ett förhållandevis statförankrat system, där allmänna intressen, genom lagstiftningen, i praktiken värnas av både den lagstiftande och dömande makten. Detta förhållningssätt kan kontrasteras mot rättskulturerna i USA och EU. Gemensamt för EU och USA är individförankringen och den begränsande funktion som rättighetskatalogen tillåts ha. Det vore felaktigt att påstå att EUs konstitution är uteslutande individ- och rättighetsförankrad då grunden för samarbetet alltifrån början varit ekonomi. Den ekonomiska förankringen måste således också framhållas. Kombinationen rättighets- och ekonomiförankring framstår som mycket positivt då det pekar på ett erkännande av individuella rättigheters centralitet i livets alla dimensioner, även de ekonomiska. Unionen skulle ur det synsättet peka på vikten av att integrera rättigheterna i systemet.

Den svenska rättskulturen präglas av strävan att förverkliga den demokratiska rättsstaten. I denna är domstolarna underkastade demokratins

¹⁹² EGT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av konstitution för Europa. Art III-365 domstolens normprövningsrätt, art III-366 ogiltighetsförklaring av aktuell akt.

¹⁹³ EGT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av konstitution för Europa. Art III-365 punkt 2.

¹⁹⁴ EGT C310 16.12.2004. Fördrag om upprättande av konstitution för Europa. Art I-9 punkt 1, 2. Art I-10 punkt 2.

spelregler och lagstiftningen är styrinstrumentet framför alternativet domarmakt. En uttalad maktfunktion för domstolarna innebär en politiseringsrisk och ett hot mot demokratin.¹⁹⁵ Båda ytterligheter, både den verkligt självständiga domarmakten och den osjälvständiga främst verkställande domstolen riskerar emellertid politisering. Utifrån utnämnings- och avsättningsförfarandena respektive främst illusorisk självständighet framstår både den svenska och den engelska domarkulturen som tämligen utsatt för politisering om den styrande makten så vill.¹⁹⁶ Även om det praktiskt sett troligen inte innebär några större oavhängighetsproblem eller någon rättssäkerhetsfara i dagsläget är det ändå klart att det finns långt mer att önska av det konstitutionella skyddet för domstolens oavhängighet genom bland annat tillsättnings- och avsättningsreglerna. Det amerikanska utnämningsförfarandet till Supreme Court framstår inte här som ett attraktivt alternativ.

Lagprövningsrätten med domstolen som författningens yttersta garant får inte reduceras till enbart en teoretisk möjlighet. För att uppfylla kravet på konstitutionalism måste lagprövningsinstitutet framstå som en obehaglig praktiskt levande realitet som regering eller riksdagsmajoritet, som frestas att missbruka lagstiftningsmakten, alltid måste räkna med.¹⁹⁷ Lagprövningsrätten är både för den svenska och amerikanska domaren inte bara en rätt utan även en konstitutionell skyldighet. Domarnas förhållningssätt till lagprövningsinstitutet i de olika rättskulturena är emellertid två ytterligheter, där en mycket aktiv Supreme Court kan kontrasteras mot en lagstiftningslojal svensk domstol. Båda extremförhållningssätten kan emellertid leda till samma resultat, att de allmänna intressena främjas av både den lagstiftande och den dömande makten. En aktiv domstol blir lätt politiserad och riskerar då att förlora kontakten med den konstitutionella rättighetsförankringen. Likaledes kan en alltför återhållsam domstol, som aldrig utövar sin grundlagsfästa lagprövningsskyldighet, också ge företräde åt de allmänna intressena på bekostnad av rättighetsintresset.

Domarens roll som författningsskyddsgarant aktualiserar dynamiken mellan juridik och politik.¹⁹⁸ Det kan diskuteras om eventuellt lagar vars grundlagsenlighet ifrågasätts istället bör prövas av riksdagen ifall det finns en risk att domstolarna böjer sig för den politiska makten. Avgörande enligt Peczenik är huruvida domstolarna har tillgång till en tydlig juridisk arbetsmetod som är mer objektiv än riksdagens politiskt orienterade metod. Om sådan metod inte finns bortfaller motivet för domstolarnas lagprövningsrätt då en politisk domstol måste anses som en sämre konstitutionell garant än den folkvalda riksdagen. Om sådan juridisk metod emellertid finns eller kan uppnås utgör den domstolsförankrade lagprövningsrätten en kraftfull rättssäkerhetsgaranti

¹⁹⁵ Modéer K-Å. Det nära förflutna. s. 240f.

¹⁹⁶ Beträffande utnämningsförfarandet och den svenska rättskulturen syftar jag här uteslutande på utnämningarna till HD.

¹⁹⁷ Bengtsson B. Om domstolarnas lagprövning. s. 247.

¹⁹⁸ SOU 1999:76 s. 72.

som bör värnas och uppmuntras.¹⁹⁹ Juridisk metod säkerställande objektiv lagprövning ställer krav på juridisk integritet som kriterium för 2000-talets domare.

Den svenska domarens lagprövningsrätt och plikt är idag ett större åtagande än vid bestämmelsens tillkomst. Domare i dagens pluralistiska och internationella rättskultur har flera överordnade normsystem att behärska: dels nationella grundlagar, dels EG/EU rätt samt ECHR som är svensk lag och samtidigt av överordnad karaktär. Normförändring är en sak, faktisk kulturell förändring en helt annan och som dessutom tar betydligt längre tid. Domarkulturen som fortfarande i viss mån präglas av uppsalaskolans lagstiftningslojalitet är ett tydligt exempel på detta.²⁰⁰

Konstitutionalism kräver att vissa områden konstitutionellt skyddas från intrång. Rättighetskataloger är ett sådant område för vilket rule of law, rättsstatsbegreppet och legalitetsprincipen ska utgöra både lagfäst och materiell gräns. ECtHR har slagit fast att maktdelning och rule of law är element av ett demokratiskt samhälle.²⁰¹ Som nämnts tidigare är dessa komponenter säkerligen inte tillräckliga men möjligen nödvändiga för konstitutionalism. Utifrån dessa kriterier uppfyller inte England och Sverige konstitutionalismens krav varpå individens frihet inte heller garanteras på ett tillfredsställande sätt. Konstitutionen ska utgöra ett ständigt fungerande system av maktkontroll och maktbegränsning så att missbruk förhindras även om samhället förändras. Det är således inte tillräckligt att konstitutionen fungerar i dagsläget.

Den amerikanska konstitutionen ges sitt innehåll av domstolarnas tolkning och är i hög grad att betrakta som ett levande instrument som också präglas av samhällets utveckling.²⁰² Levande instrument formuleringen känns igen från hur ECHR skall tolkas och vilken innebörd den skall ges. Även ECJ har genom sin praxis aktivt tolkat fördragen. För USA, ECtHR och för unionen, som genom den nya konstitutionen ansluts till det levande instrumentet ECHR, framstår rättighetsfokus som en självklar utgångspunkt. Det är viktigt att poängtera att rättighetsfokus som utgångspunkt inte automatiskt handlar om rättigheternas företräde. ECtHR har i flera fall slagit fast att kränkning av till exempel ECHR art 8 inte medfört kränkning av art 6 rätten till rättvis rättegång. Det väsentliga är att utgångspunkten har varit medvetenhet om ansvaret att värna individuella rättigheter samt möjlighet och skyldighet att, då viss rättighet de facto kränkts, vidta åtgärder för att

¹⁹⁹ Peczenik A. Makt utan motvikt. s. 126f.

²⁰⁰ Nergelius J (red.). Rättsfilosofi. s. 123f.

²⁰¹ Klass mot Tyskland 1978, punkt 55 "One of the *fundamental principles of a democratic society is the rule of law*, which is expressly referred to in the preamble to the Convention...*The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary*, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure." (Min kursivering).

²⁰² Nergelius J. Konstitutionellt rättighetsskydd. s. 368.

inte också individens rätt till rättvis rättegång kränks. I detta avseende torde engelsk rätt genom avvsningsmöjligheten i PACE s. 78 ha större möjlighet än svensk domstol, i motsvarande situation, att praktiskt garantera individens rätt.

Avseende England och Sverige kan man inta olika förhållningssätt till att vitt skilda system, med olika teoretisk och praktisk uppfyllandegrad av konstitutionalism, trots väsentliga olikheter, i stort anses konventionskonforma. Det kan upplevas som otillfredsställande att skyddet därmed kanske inte är ett verkligt skydd på grund av till exempel en de facto osjälvständig domstol eller ett svagt rättighetsskydd. Å andra sidan kan det ses som ett positivt tecken på pågående europeisering där pluralism och mångfald speglas genom att en och samma rättighet tillåts implementeras och förverkligas på olika sätt i olika kulturer. För att en rättighet skall få effekt krävs det dessutom att implementering sker så att rättigheten förankras i den nationella rättskulturen och integreras i samtliga delar. Detta kommer säkerligen också att se olika ut i de olika medlemsstaterna. Stundtals framstår det inte som om den svenska rättighetsimplementeringen handlar om förankring och realisering av rättigheter utan utgörs av målstadganden och ambitionsförklaringar. Den svenska rätten kan till viss del kritiseras för bristande rättighetsintegrering. ECHR är visserligen fullt ut svensk lag men implementeringen brister ändå i integreringen med övriga svenska rättsområden. Konsekvensen i förlängningen kan bli att praktisk tillämpning och effekt av den här aktuella art 6 uteblir i vissa situationer.

7 Analys

Utifrån vad som ovan redovisats och de resonemang som förts ämnar följande kapitel att så långt möjligt utreda och besvara uppsatsens frågeställningar. Analysen sker under olika rubriker. 7.1 behandlar domarnas förhållningssätt till och hantering av olovligt åtkommen bevisning. Underrubrikerna till 7.1 avser konkret de lege lata konformitet och de lege ferenda synpunkter på den svenska bevisrätten. Dessutom behandlas frågan om vilken makt som axlar och vilken makt som bör axla det konstitutionella garantansvaret. Rubriken 7.2 lyfter fram den aktuella intressekonflikten och statens perspektiv på rättigheten rättvis rättegång. Analysdelens komparativa reflektioner återfinns under rubrik 7.3.

7.1 Svensk domstols förhållningssätt – o quae mutatio rerum?²⁰³

Av utredningen kan det konstateras att bevisrätt i mycket hög grad är människorättsrelevant och att rätten till en rättvis rättegång aktualiseras och måste beaktas i situationer med olovligt åtkommen bevisning. Frågan om svensk rätt i tillräcklig utsträckning lyckas med detta är tvådelad. Första ledet huruvida det finns de lege lata möjlighet att låta rättighetsaspekten inskränka principen om fri bevisföring, alltså att konkret påverka bevisrätten. Frågans andra led avser huruvida sådan möjlighet skulle vara en praktisk verklighet och om den svenska domaren skulle våga utnyttja den.²⁰⁴

Fri bevisprövning är en av de bärande principerna för RB vilket också framhållits i den praxis som redogjorts för. Vid hantering av olovligt åtkommen bevisning har den tilltalades skyddsintresse traditionellt fått stå tillbaka för utredningsintresset som fått rättfärdiga principen om fri bevisföring. Det traditionella förhållningssättet känns inte lika självklart och rätt för 2000-talets domare och domstol. Utredningsintresset avser sanningssökandet. Ändamålet för RB och dess principer är att i varje mål nå den materiella sanningen och i sanningssökandets namn efterforska de faktiska omständigheterna med varje möjligt medel.²⁰⁵ Som domstolens uppgift anges emellertid ofta inte själva sanningssökandet i sig utan fastställandet av huruvida åklagaren styrkt sitt ansvarsyrkande eller ej. Mot bakgrund av en sådan kompetensbeskrivning känns det mer naturligt med en domstol som, med processuella medel då så krävs, istället värnar skyddsintresset och individuella rättigheter. Flera av principerna i art 6 är som redovisats starkt bevisrättsrelaterade och ställer krav även på bevisrättsfrågor för att rättegångsförfarandet skall anses rättvist. ECtHRs praxis innebär att ECHR sätter en gräns för utredningsintresset, har denna

²⁰³ O quae mutatio rerum (lat.) o vilken sakernas förändring.

²⁰⁴ Se rubrik 7.1.3 för resonemang kring domstolens konstitutionella ansvar.

²⁰⁵ ”I rättslivet får icke, som en av den svenska lagstiftningens främsta män sagt, avsiktligt skiljas mellan vad som är sant och vad som kan bevisas”. SOU 1926:32 s. 26.

överskridits kan det innebära att det är förbjudet att använda olovligt åtkommen bevisning.²⁰⁶ Inflytande från europeisk rätt medför utökade krav vid tillämpning av den nationella bevisrätten. RB 35:1 och 35:4 kan således inte längre tillämpas helt fritt. Det har också HD med hänvisning till kontradiktionsprincipen, en annan art 6 rättighet, konstaterat i NJA 1992 s.532.

Domstolens förhållningssätt kan lämpligen bedömas utifrån ett ändamålsresonemang med hänsyn till de samhällsfunktioner man vill tillskriva straffprocessen.²⁰⁷ Ytterligheterna avseende domstolens primära funktion är sanningssökandet respektive rättssäkerhetsvårnandet. Funktionsytterligheterna kan också uttryckas i uppsatsens intressemotsättning mellan utredningsintresset och allmänna intressen kontra skyddsintresset och individuella rättigheter. Mot bakgrund av pågående europeisering och allt intensivare fokus på mänskliga rättigheter, kan man möjligen se tillförsäkrandet av en rättvis rättegång som den idag främsta samhällsfunktionen. Rättvis rättegång betraktat som ändamålet för straffprocessen eliminerar inte att domstolens förhållningssätt är beroende av intresseavvägningen mellan effektivitet och rättssäkerhet, då båda är att betrakta som element av en rättvis rättegång. En uppfattning som uttryckts i doktrinen är att straffprocessens övergripande funktion snarare är att ge ändamålen bakom den materiella lagstiftningen maximalt genomslag än själva sanningssökandet.²⁰⁸ Uppgiften att uppfylla de tidigare diskuterade principerna som oskyldighetspresumtionen, rätten till tystnad och rätten att inte belasta sig själv etcetera samt integritetshänsyn är straffprocessuella funktioner som måste få påverka sanningssökandet. Helt fri bevisföring bör därmed också ifrågasättas.

Vilka funktioner som aktualiseras i straffprocessen och de konsekvenser dessa får beträffande tillåtlighet av olovligt åtkommen bevisning varierar under straffprocessens olika skeden, från förundersökningsstadiet till huvudförhandlingen.²⁰⁹ Även ECtHR har konstaterat att olovligt åtkommen bevisning bör få olika statuskonsekvenser beroende på vilken straffprocessuell fas som är aktuell.²¹⁰ Under förundersökningen är det främst sanningssökandet och utredningsintresset som präglar förfarandet medan det i huvudförhandlingen till stor del blir tal om interaktion mellan funktionerna rättssäkerhet och sanningssökande. Att domstolen genom det i brottmål högt ställda beviskravet tillerkänns en i stor utsträckning frikännande uppgift kan tyckas tillfredsställande då det troligen är den mest eftersatta inställningen i straffrättsprocessen. Möjligen kan man dra paralleller till att domstolen även i bevissituationer med olovligt åtkommen bevisning bör ha ett tilltalad perspektiv. Praxissammanställningen ovan indikerar att rättssäkerheten som en för domstolen högt prioriterad aspekt, i

²⁰⁶ Lundqvist U. Polisprovokation och bevisförbud. s. 906.

²⁰⁷ Lindblom PH. Progressiv Process. s. 198ff.

²⁰⁸ Lindblom PH. Progressiv Process. s. 203.

²⁰⁹ Lindblom PH. Progressiv Process. s. 210.

²¹⁰ Se redogörelsen för Teixeirafallet ovan rubrik 4.3.1.

vart fall avseende vad som kan läggas till grund för fällande dom, bör accentueras ytterligare. Domstolens medel för att ge uttryck för rättssäkerhetens prioritet inskränker sig till förfaranderegler och processuella sanktioner till den tilltalades fördel. Sådana torde numera, i viss utsträckning, anses inte bara förenliga med ECHR utan till och med förespråkade av ECtHR.

Problematiken beträffande olovligt åtkommen bevisning och fri bevisföring är huruvida bevisning, som i sig anses tillåten, skall avvisas på grund av att åtkomstsättet saknat lagstöd alternativt varit otillåtet. Frågan är om rättens prövningsskyldighet enligt RB 35:1 kan anses omfatta även åtkomstsättet. Begreppet olovligt åtkommen bevisning är oavhängigt bevismaterialet i sig och hänför sig till metoden genom vilken bevisningen anskaffas. Som en del i en helhetsbedömning av förfarandets förenlighet med ECHR:s krav på rättvis rättegång, är metoden sedan av betydelse för huruvida bevisningen kan användas eller inte i rättegången. Metodfrågan är central i resonemanget. Staten har ett utredningsintresse att nå den materiella sanningen och effektivt skipa rättvisa. Det finns emellertid borte gränser för utredningsintresset som inte kan motivera vilka metodåtgärder som helst. Utredningsintresset måste vägas mot rättssäkerhetsintresset och integritetsskyddshänsyn som i vissa fall ska anses suveräna.

Praxisundersökningen, främst ECtHR:s praxis, ger för handen att ändamålet inte i alla situationer helgar medlen. Som nämnts tidigare inkluderar principen om fri bevisprövning även möjligheten att beakta den tilltalades agerande samt hur försvaret förts. Uppsatsen har visat att art 6 innebär att även motpartens, statens agerande i bevisåtkomstsituationen skall beaktas och indirekt värderas genom de gränser som rätten till en rättvis rättegång uppenbarligen sätter upp för den fria bevisföringen.

7.1.1 De lege lata konventionskonform eller ej?

ECtHR har gjort uttalande som indikerar att processuella sanktioner förordas för att upprätthålla den tilltalades rättigheter.²¹¹ Själva bevisanvändandet har vidare angetts som upphov till kränkningen i både Teixeira och Allanfallet.²¹² Kontentan av ECtHR:s praxis kan anföras som motiv för slutledningen att bevisförbud i vissa situationer av olovligt åtkommen bevisning är den mest konventionskonforma lösningen.

Art 6 är en riktad rättighet som endast avser den tilltalades rätt till en rättvis rättegång. Svensk gällande rätt kan inte betecknas direkt konventionsstridig men kan inte heller i alla situationer anses helt konventionskonform. Mot bakgrund av ECtHR:s praxis är det emellertid troligt att det svenska traditionella förhållningssättet i vissa situationer skulle kunna underkännas med hänsyn till rätten till en rättvis rättegång. Svensk rätt ger inte tillräcklig

²¹¹ P.G och J.H mot Storbritannien 2001, punkt 68.

²¹² Se respektive rättsfallsredogörelse under rubrik 4.3.

effekt åt det processuella skyddet för den tilltalade då avvsningsmjlighet med hänsyn till rättighetsaspekten saknas.

ECHR påverkar RB och ställer krav på konventionskonform tolkning av RB 35:1. Konventionens tolkningskrav innebär att principen om fri bevisföring inte längre kan anses helt fri. En restriktiv tolkning av RB 35:1 som praktiskt underordnas art 6 torde vara tillräckligt för att uppnå konventionskonformitet. Det är emellertid tveksamt huruvida sådan tolkningsanpassning är tillräcklig ur konstitutionalistaspekten, utifrån denna måste uttrycklig reglering alltid vara att föredra. Nedan diskuteras de lege ferenda perspektivet vidare.

7.1.2 De lege ferenda synpunkter

De lege ferenda perspektivet handlar om vilken utveckling som bör bli följden för svensk rätts del av ECtHRs praxis och tolkning av ECHR. Uppsatsen har visat att rättighetsintresset i vissa fall motiverar avstående av utredningsintresset, praxisutredningen har även i viss mån preciserat dessa situationer. Frågan hur olovligt åtkommen bevisning ska hanteras är såväl en tillämpningsfråga som en regleringsfråga.

ECHR medför konkreta positiva förpliktelser för staten.²¹³ Utifrån uppsatsens utredande delar kan följande sägas om vilka förpliktelser som art 6 kan tänkas innebära ur bevisrättssynpunkt. Å ena sidan framstår RB 35:1 som klart dubiös. Å andra sidan råder ECtHRs tolkningsprincip margin of appreciation då det handlar om tillämpning av nationell rätt. Margin of appreciation är de nationella domstolarnas diskretionära prövningsrätt på områden där de har bättre bedömningsunderlag än ECtHR. ECtHR skall alltså inte fungera som en fjärde överprövningsinstans. Vidden av margin of appreciation varierar beroende på vilken typ av skyddsintresse det handlar om och huruvida det finns någon etablerad europeisk uppfattning i frågan.²¹⁴

ECHR har helt inkorporerats som svensk lag. Det innebär emellertid inte automatiskt att rättighetsgarantierna även får genomslag på de områden där de aktualiseras. Processrätten speglar i viss mån vilken substantiell effekt ECHR:s rättigheter ges. För tillfället framstår inte rättighetsstandarden ECHR som materiell verklighet i den svenska RBs princip om fri bevisprövning. Mot bakgrund av ECtHRs praxis är det inte omöjligt att det svenska förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning i vissa situationer kan utgöra kränkning av art 6 i bevisrättshänseende. Sådan kränkning indikerar en brist i det svenska bevisrättsliga systemet, alltså RB 35:1. Frågan är emellertid inte lika ”enkel” som exemplet med rättsprövningslagen, där möjlighet till domstolsprövning helt saknades.²¹⁵ ECtHR har uttalat att bevisrättsliga frågor primärt är en nationell

²¹³ Se rubrik 4.2.

²¹⁴ Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s. 57.

²¹⁵ Se rubrik 4.2.

angelägenhet. Staterna tillerkänns därmed, i denna fråga, en betydligt vidare margin of appreciation där statens intressen och krav kan vägas in.²¹⁶ ECtHRs praxis är emellertid tydlig på att det finns en gräns för bevisföringen. Det känns därför som en rimlig förväntning att art 6, inom en inte alltför avlägsen framtid, även kan innebära en bevisrättslig skyldighet för staten att på något vis uttrycka denna gräns genom en verklig rättighetsbegränsning.

Konventionsprincipen om parternas likställdhet i processen, equality of arms, gör det tänkbart att tilldela art 6 en skyddande funktion förhindrande att procedurregler kringgås. Bevisning som åtkommit i strid med RF eller RB och som åklagaren sedan tillåts dra fördelar av måste kunna innebära ett sådant processuellt överläge vars förenlighet med ECHR är diskutabelt. Vidare torde avvisning av sådan bevisning aktualiseras.

ECtHR har funnit att nationell möjlighet att avvisa bevisning som innebär att rättegången blir verkligt orättvis kan vara en anledning till att rättegången i sin helhet kan betraktas som rättvis.²¹⁷ PACE s. 78 i engelsk rätt är en sådan möjlighet. I svensk rätt finns det ingen regel som anger förutsättningar för att använda eller avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmål. Svensk rätt saknar således motsvarande regel och avvisningsmöjlighet utifrån rättvise- och rättighetsaspekten. Det kan resoneras kring huruvida det eventuellt är tillräckligt med en restriktivare tolkning av principen om fri bevisföring och en snävare rättstillämpning eller om uttrycklig reglering krävs. En restriktivare tolkning är, som sagts tidigare, troligtvis tillräcklig för att uppnå konventionskonformitet. Frågan är emellertid inte färdigutredd där. Då ECtHR i sin praxis tagit ställning för maktodelning och rule of law kan man se kravet på konventionskonformitet som ett vidare krav och även ett krav på konstitutionalism. I detta avseende finns det mer att önska av svensk rätt både konstitutionellt och processuellt. En annan möjlig väg är eventuell utvidgning av det svenska avvisningsinstitutet i RB 35:7. Avvisningsmöjlighet mot bakgrund av rättighetsintresset och en strävan att uppnå en rättvis rättegång omfattas inte av lydelsen och är inte heller avsikten i förarbetena till paragrafen.²¹⁸ Sådan extensiv tolkning av lagrummet aktualiserar frågan om domstolens roll är den som lagtolkare eller lagstiftare.

Regleringsresonemanget kring i vilken utsträckning existerande lagrum RB 35:1 och 7 kan ges mer restriktiv respektive mer extensiv tolkning har både pedagogisk och ideologisk grund. RB 35:7 är ett redan detaljerat lagrum med tydligt preciserade avvisningssituationer. Avvisningsinstitutet torde således kräva ett explicit tillägg för att kunna tillämpas på olovligt åtkommen bevisning. Beträffande principen om fri bevisföring är läget lite annorlunda då det rör sig om ett lagrum av helt annan karaktär, en generalklausul. Frågan är om vaga generalklausuler som RB 35:1 ska

²¹⁶ Se rubrik 7.2.

²¹⁷ Khan mot Storbritannien 2000, punkt 39.

²¹⁸ NJA II 1943 s. 450f. Se Fitger P, Mellqvist M. Domstolsprocessen. s. 244.

preciseras genom fallspecifik praxis eller om krav bör ställas på ny kompletterande mer explicit reglering. Generalklausuler definieras och preciseras per definition av praxis varpå lagstiftaren kan sägas överlåta en rättsbildande uppgift åt domstolen.²¹⁹ Generalklausulers karaktär kan beskrivas som öppen såväl som vag och således beskrivas både med positivt som negativt värdeladdade ord. Detta kan förklaras utifrån att styrkan och svagheten hos generalklausuler fundamentalt ligger i samma karakteristika. Styrkan ligger i öppenheten, lagrummets flexibilitet och anpassningsmöjlighet till nya situationer. Generalklausulens svaghet är vagheten, svårigheten att förutse lagrummets gränser och relevanta avvägningar. Ekelöf anför att förutsebarhetskriteriet har lägre prioritet i det processuella förfarandet än inom civil- och straffrätten. Processreglering kan, genom obligatoriska och tvingande respektive fakultativa och tillåtande regler, präglas antingen av legalitetsprincipen eller delegationsprincipen. Den förra principen värnar rättssäkerheten medan den senare värnar processens flexibilitet. Ekelöf menar att lagen bör präglas av den princip som är lämpligast just utifrån det aktuella områdets behov av detaljreglering respektive anpassningsmöjlighet.²²⁰

Rättsläget beträffande olovligt åtkommen bevisning är osäkert och ECtHR har slagit fast att området är starkt beroende av fallspecifika omständigheter. Det är ett område där enbart praxisprecisering emellertid upplevs otillfredsställande ur såväl legalitetssynpunkt som utifrån rättsstatsidealet. ECtHR har också genom sin relativt enhetliga rättstillämpning skapat riktlinjer för förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning. Rättens inställning till olovligt åtkommen bevisning påverkar både polis- och åklagararbetet genom att ställa mer eller mindre krav på polisiära metoder och behovet av stödbevisning i vissa integritets- och rättighetskänsliga situationer. Följaktligen känns det viktigt att risken för godtycke elimineras genom viss detaljreglering på området. Explicit lagstiftning att rättighetsaspekten skall beaktas torde alltid vara positivt ur rättssäkerhets- och rättighetssynpunkt. Däremot kan överpreciserade rättighetsregleringar innebära stelbent rättstillämpning och också verka inskränkande på räckvidden hos rättigheterna.

För att rätten till rättvis rättegång inte bara skall vara en tom och illusorisk rättighet torde det krävas processuella regler som förverkligar syftet bakom de konstitutionella rättigheterna. Som nämnts tidigare torde restriktiv tolkning av RB 35:1 vara tillräckligt för konventionskonformitet. Detta innebär en för den svenska domstolen främmande rättsskapande uppgift. Den svenska domstolens traditionella inställning att lagstiftarlojalt uttolka lagen måste således reformeras. I lagstiftarlojaliteten ligger visserligen ett högst vällovligt syfte: att låta det demokratiska styrelseskicket få genomslag. Detta är gott, problemet är bara att demokratibegrepp ofta är långt ifrån fullkomliga.²²¹ Det svenska demokratibegreppet kan uttryckas

²¹⁹ Ekelöf PO. Rättegång häfte I. s. 93. samt Bergström S et al. Juridikens termer s. 68.

²²⁰ Ekelöf PO. Rättegång häfte I. s. 57.

²²¹ Se rubrik 7.3.2.

som majoritetsstyre. Majoritetsstyre skulle kunna resultera i bristande hänsyn till minoritetsgruppers rättigheter. En självständig dömande makt som värnar dessa framstår därvid som positivt. Uppgiften som konstitutionell garant är den nya infallsvinkeln för de svenska domarna i uttolkningsuppgiften. De svenska domarnas ”nya” konstitutionella ansvar är i linje med utvecklingen av rättighetsområdet framförallt på europaplan. En framtida reglering eller ett tillägg med hänvisning till konceptet rättvis rättegång känns angelägen. Regleringskravet ställs inte bara för att öka den svenska konventionskonformiteten utan kanske främst för att fortsätta hålla legalitetsprincipen och rättsstatsidéen högt.

Studien har visat att olovligt åtkommen bevisning i vissa situationer bör avvisas. Bedömningen av hur sådan bevisning skall hanteras och huruvida statusen olovligt åtkommen bevisning skall få avvisningskonsekvenser måste vara fallspecifik. Av praxisredogörelsen ovan kan följande avvisningsrelevanta omständigheter formuleras:

- Arten av kränkning. Till exempel integritetshänsyn art 8 eller processuella rättigheter som rätten till tystnad art 6. Kvalitativ omständighet.
- Vid vilken tidpunkt och vilket skede i processen kränkningen skett.
- Hur kränkningen påverkat processen. I viss mån en kvantitativ omständighet.

En svensk rättighetsbaserad avvisningsgrund, rent konkret motsvarande den i engelsk rätt, behöver inte nödvändigtvis anses oförenlig med principen om fri bevisföring då denna som sagt inte reglerar åtkomstsättet. Skulle det bli aktuellt med eventuellt införande av bevisförbud bör sådant utredas för och ske i nationell rätt då ECtHR tydligt markerat att frågan primärt är en nationell angelägenhet. I det straffrättsliga förfarandet från utredning till dom befinner sig den tilltalade och hans försvarare resursmässigt i ett avsevärt underläge jämfört med polis, åklagare och domstol. Uppgiften att frikänna och uppgiften att i processen värna den tilltalades rättigheter och ställning i processen måste därför även tillkomma domstolen. Polis, åklagare, media, det behövs en motvikt och de lege ferenda motvikten framstår som någon form av processuell lösning. Av den komparativa utredningen, se rubrik 7.3, följer att den processuella lösningen företrädesvis bör vara lagreglerad.

7.1.3 Domstolen som konstitutionell garant

Rubriken avser att behandla ansvaret för individuella rättigheter. Var ligger det konstitutionella ansvaret och var bör det ligga? Det svenska systemet saknar en konstitutionellt fastlagd fördelning av makt vilket är destruktivt för samhällets förtroende för domstolarna och även i förlängningen för demokratin.

Uppsatsen har visat att sanningssökandet, utrednings- och effektivitetsintresset ska begränsas av processens ramar. I den moderna

processen innebär ECHR:s krav på hänsyn till mänskliga rättigheter kompletterande ramar. Dessa ramar accentueras alltmer, både i praxis och i doktrin. De straffprocessuella återverkningar som konventionen får i nationell rätt innebär att aspekten mänskliga rättigheter, på ett konkret sätt, förverkligas i systemet. Processrätten ger därmed mänskliga rättigheter en kontext att verka i. Kombinationen mänskliga rättigheter och processrätt som ECtHR också identifierat, kan följaktligen ses som utvecklingens kärna där konstitutionella grundprinciper genom ECHR via RF, som är kopplad till RB, får genomslag i processen.

Praxisutvecklingen visar att svenska domstolar i allmänhet tydligare identifierar fallens rättighetsberöringspunkter samt reflekterar mer över dessa än tidigare. Resultatet, som kan ses som en följd av den europeiska utvecklingen, innebär att domstolen i sin processuella funktion tilldelas rollen som konstitutionell garant oavsett om domstolens ledamöter vill det eller inte. Bevisföringsförbud mot bakgrund av rättighetsaspekten, rättvis rättegång, innebär att lagföringseffektiviteten försakats för att förverkliga konstitutionella grundprinciper. Skulle utvecklingen resultera i ett bevisföringsförbud beträffande viss olovligt åtkommen bevisning innebär det att rättsstaten, genom domstolens handläggning och prövning, tar uttrycklig ställning för rättighetsintressets överlägsenhet i processen.

Den fria bevisprövningen innebär att domaren anförtros en avsevärd makt. Frågan är om den svenska domstolen givits de konstitutionella förutsättningarna eller tagit det konstitutionella ansvar som krävs för detta garantansvar. Utifrån kapitlet konstitutionalism kan det svenska systemet kritiserats för att inte erbjuda tillräckliga garantier för konstitutionalism. Bevisrätt och konceptet rättvis rättegång kan ses som ett argument för att förändra vissa av de svenska konstitutionella grunderna. Med tydligare fördelning av makten och tydligare intresseförankring för respektive separat maktenhet, skulle den svenska domstolen framstå som bättre lämpad att axla rollen som konstitutionell garant.

Bevisrätten är starkt beroende av kontexten och har påverkats historiskt. Övergången till fri bevisprövning skedde successivt under en längre tid och närmast uteslutande i praxis. Det är inte omöjligt att det vi ser nu är bevisrättens fortsatta praxisstyrda utveckling, med enda skillnad att relevant praxis nu inte bara kommer från nationella domstolar utan även från ECtHR.

ECtHR har fastställt att det är själva användandet av viss bevisning som kan innebära att art 6 kränks. Den i svensk praxis för extrema undantagsfall förespråkade straffmättningslösningen känns därmed som en otillräcklig och för sen lösning. Straffmättningsmässig kompensation för en icke rättvis rättegång innebär att orättvisa förfaranden accepteras för att sedan kompenseras för vilket skulle innebära ett falskt förhållningssätt till skydd för individuella rättigheter. För att rättigheten rättvis rättegång skall bli verklig och effektiv krävs tydligen att olovligt åtkommen bevisning i vissa fall inte används, bevisföringsförbud i sådana situationer känns tämligen

naturligt. Bevisföringsförbud kan introduceras genom antingen domstolarnas restriktiva tolkning av RB 35:1 eller uttryckt i lag.

Som nämnts tidigare beskrivs ECHR ofta som ett levande instrument. Detta ska tolkas i ljuset av den utveckling och förändring som sker i konventionsstaterna, både på ett samhälleligt plan och beträffande gällande rättsuppfattning.²²² Konventionen ska betraktas som dynamisk och föränderlig och det är också den inställning ECtHR har visat. Det europeiska förhållningssättet kan kontrasteras med den svenska rättstillämpningen som inte främst karaktäriseras av dynamik. Den svenska domarkåren kan kritiseras för rädsla att självständigt verka för rättsutvecklingen och i viss mån också försumma sitt konstitutionella ansvar att i rättsutvecklingen garantera de individuella rättigheterna.

7.2 Vilka krav kan staten ställa på rättvis rättegång? - Analys utifrån aktuell intresseavvägning

Frågan vilka krav som staten kan ställa på en rättvis rättegång handlar till stor del om vad vi som samhälle och individer förväntar oss av straffprocessen. Vilka värden ska processen skydda och vilka mål skall den eftersträva? Situationer kan uppstå där skydds- respektive utredningsintresset i straffprocessen ställs mot varandra på ett sätt som omöjliggör tillgodoseendet av båda. Vid dylika situationer faller det på domstolarna att avgöra kolliderande intressens inbördes hierarki.²²³ Redan här uppstår en grundläggande problematik, hur rättegången kan betraktas som rättvis då ett fundamentalt intresse helt tvingas vika för ett annat? En problematik som för övrigt uppmärksammades även av dissidenten i Khan mot Storbritannien.²²⁴

Westberg har argumenterat för en statlig rätt till rättvis rättegång och den däri inkluderade rätten för varje part att uttömmande argumentera för sin sak.²²⁵ Westbergs resonemang kretsar de facto uteslutande kring kontradiktionsprincipen, som han dock väljer att grunda i en allmän idé om rätt till rättvis rättegång som en överordnad oskriven princip tillförsäkrande staten denna rätt. Den traditionella fria bevisföringen skulle därmed skyddas av statens anspråk på en rättvis rättegång.

Kontradiktionsprincipen, att allt bevismaterial skall kommuniceras, är en del av rätten till en rättvis rättegång. Enligt min mening kan principen aktualiseras på två plan som kan kallas regleringsplanet respektive tillämpningsplanet. Principen får då också olika genomslag beroende på vilken situationen som aktualiserat principen. Med regleringsplanet avses det teoretiska resonemanget kring straffprocessen och dess reglering.

²²² Danelius H. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. s. 55.

²²³ Westberg P. Fair trial – inget för staten? s. 53.

²²⁴ Se ovan under rubrik 4.3.2.

²²⁵ Westberg P. Fair trial – inget för staten? s. 53.

Tillämpningsplanet avser däremot den konkreta tillämpningen i en specifik processituation. Rätten till en rättvis rättegång är ett konglomerat av flera komponenter däribland kontradiktionsprincipen. På tillämpningsplanet skulle den övergripande rätten till en rättvis rättegång dominera och i vissa situationer innebära att kontradiktionsprincipen inte fullt ut får genomslag för staten. På regleringsplanet, vid utformning av lagstiftning etcetera är situationen en annan och det blir mer aktuellt att jämställa kontradiktionsprincipen med rätten till en rättvis rättegång. Teoretiskt innefattar kontradiktionsprincipen den fria bevisföringen men i tillämpningssituationen måste kontradiktionsprincipen ses i sammanhanget rätten till rättvis rättegång som en sammansatt helhet.

Beträffande olovligt åtkommen bevisning kan den tilltalade tänkas kräva att domstolen, av respekt för hans i art 8 konventionskyddade rätt till personlig integritet, ej godtar sådan bevisning eller i vart fall inte tillmäter den något värde. Den tilltalades skyddsintresse kontrasteras härmed mot åklagarens utredningsintresse och principiella rätt att presentera det material han bedömer ha relevans i målet. Kollision skulle följaktligen föreligga mellan art 8 för den tilltalade och idén om en oskriven art 6 för staten. Vid sådan kollision följer av Europadomstolens praxis att art 8 ofta får vika för art 6. Kränkning av den personliga integriteten accepteras därmed för att upprätthålla kontradiktion och rättegången anses rättvis trots att ett fundamentalt intresse eftersätts för ett annat.

Enligt Westberg står avvisning av bevisning i strid med parts rätt till kontradiktion, en fundamental del av konceptet rättvis rättegång. Enligt resonemanget måste alltså den fria bevisföringens princip anses utgöra del av rätten till en rättvis rättegång, varpå den också skall garanteras av denna rätt. Kompensation för nyttjande av så kallad olovligt åtkommen bevisning bör enligt Westberg ske genom bevisvärdering istället för genom processuella sanktioner.²²⁶

Westbergs resonemang kan jämföras med ECtHRs förhållningssätt som speglas i Teixeirafallet. ECtHR använde sig där av just processuella förfaranderegler och genom upprättade av en form av bevisförbud drogs en gräns för tillåtlighet av brottsprovokation och även en processuell gräns för statens bevisföringsrätt och rätt till kontradiktion.

Westbergs resonemang är intressant. Kontradiktionsprincipen torde per definition vara av reciprok karaktär och således innebära att statens utredningsintresse mycket väl kan anses åtnjuta skydd härigenom.²²⁷ Frågan är dock om resonemanget kan dras så mycket längre än just beträffande kontradiktion. Art 6 garanterar rätten till rättvis rättegång för den tilltalade, alltså inte för åklagaren representerande staten.²²⁸ Art 6 är exklusivt

²²⁶ Westberg P. Fair trial – inget för staten? s. 56.

²²⁷ Stöd för kontradiktionsprincipens reciproka karaktär se P.G och J.H mot Storbritannien punkt 67.

²²⁸ Lundqvist U. Polisprovokation och bevisförbud. s. 907.

orienterad till förmån för den tilltalade vilket också måste vara utgångspunkten för dess tolkning och tillämpning. Kontradiktionsprincipen är nära förbunden med oskyldighetsprincipen, något som också ger viss indikation om principens riktning och huvudsakliga syfte. Med anledning av detta känns det rimligt att kompensera det processuella övertag som staten, genom tvångsmedelmöjligheten, har gentemot den tilltalade. Rättssäkerhetsgenomslag i processen skulle utgöra en balanserande jämvikt till detta. Staten har en betydande maktposition i processen och principen om equality of arms talar för att balansen i processen i vissa situationer tycks kräva processuella fördelar för den tilltalade och inte, som Westberg hävdar, för staten i en allmän ide om fair trial.

Det viktigt att notera skillnaden mellan ECHR och RB. RBs regler speglar en bred intresseavvägning medan ECHR är en ensidig reglering utifrån rättssäkerhetsintresset som garanterar rätten till rättvis rättegång för just den tilltalade. ECHR är från början ett internationellt åtagande som ger uttryck för gemensamma värden som skall värnas bortom nationell reglerings intresseavvägning. I fråga om intresseavvägningen kan eventuell framtida detaljreglering av bevisrätten genom bevisförbud för vissa otillåtna bevismedel diskuteras. Farorna med sådan är att rättstillämpningen riskerar att bli rigid vilket kan få otillfredsställande konsekvenser för såväl utredningsintresset som skyddsintresset. Olovligt åtkommen bevisning kan ju även vara till förmån för den tilltalade, varvid det torde strida mot principen om in dubio pro reo att uppställa bevisförbud och avvisa sådan bevisning.²²⁹

Det är viktigt att inte det allmänna effektivitetsintressets representanter bakbinds i sin brottsutredande och lagförande verksamhet. Vid rigorös reglering, lik den i USA, finns det en risk att teknikaliteter omöjliggör lagföring. Processen förvandlas då till en metodprövning istället för en skuld- och ansvarsprövning vilket i sig är stötande för det allmänna rättsmedvetandet och även rättsstatsidén. Staten måste få ställa krav på rättegången och krav på effektivitet. Bedömningen av vad som ingår i konceptet rättvis rättegång tillåter också beaktande av både den tilltalades, offrets samt samhällets intressen. Det är emellertid endast i denna mer teoretiska aspekt som proportionalitetsresonemang aktualiseras.²³⁰ "Fairness" begreppet i PACE s. 78 liksom art 6 torde däremot uteslutande vara att hänföra till den tilltalades intresse av en rättvis rättegång. I situationen av olovligt åtkommen bevisnings tillåtlighet i rättegångssammanhang skall således rätten till en rättvis rättegång bedömas exklusivt utifrån den tilltalades perspektiv.

Uppsatsen har visat på positiva bevisrättsliga förpliktelser för staten utifrån art 6. ECHR art 6 medför inga förpliktelser för den tilltalade gentemot

²²⁹ Nowak K. Oskyldighetspresumtionen. s. 33. Enligt Nowak bör principen in dubio pro reo anses ha processuell relevans. Bevisrättsliga konsekvenser med hänsyn till principen är således inte otänkbara.

²³⁰ Richardson P.J (editor). Archbold 2003. s. 1521f.

staten och utifrån den i uppsatsen föreslagna definitionen på mänskliga rättigheter, som bygger på korresponderande rättighet och förpliktelse, kan inte art 6, rätten till en rättvis rättegång i sig vara en rättighet för staten.²³¹ Det sagda utesluter inte att reciprocitet kan gälla beträffande element av rätten till en rättvis rättegång, såsom kontradiktion, men inte i själva tillämpningen av art 6 och "fair trial" konceptet.

7.3 Komparativa reflektioner

7.3.1 Amerikansk- kontra en framväxande europeisk modell för avvisande av bevisning

Sverige och USA har framställts som kompletta motsatser representerande ytterligheterna beträffande förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning. Jämförelsen ställer en tradition av fri bevisföring mot en uteslutanderegul. Vi befinner oss i en tid av pågående internationalisering och globalisering vilket även påverkar våra respektive rättskulturer. Exclusionary rule har modifierats i praxis och kommer troligen att fortsätta modifieras. ECHR innebär att Sverige till viss del tvingas ompröva innehållet i principen om fri bevisföring. Mycket pekar även på att EU-samarbetet kommer att få bevisrättsliga konsekvenser för principen om fri bevisföring. Möjligen kan man tala om ett närmande av rättskulturer som en del av eller kanske snarare en effekt av globaliseringstendenserna. I förhållande till Sverige och USA erbjuder den engelska modellen, trots sina brister, en form av medelväg med möjligheten att utesluta bevisning och förbjuda bevisföring med hänvisning till rättighetsaspekten och rätten till en rättvis rättegång.

Extremvarianterna, om man kan kalla de svenska och amerikanska modellerna för det, har sina tillämpningsfördelar ur legalitetssynpunkt och torde eliminera risken för godtycke. Samtidigt medför förhållningssättet en rigid och stelbent lagföring som kan te sig stötande för såväl det allmänna effektivitetsintresset som rättssäkerhetsintresset. Ingen av motpolerna, omodifierad exclusionary rule och fri bevisföring, lyckas således bejaka den optimala interaktionen mellan effektivitet och rättssäkerhet.²³²

USA har en mycket tydlig koppling mellan processrätt och konstitutionella rättigheter. Kanske närmar vi oss alltmer den amerikanska modellen i och med att ECHR:s intentioner alltmer förverkligas i svensk rätt. I engelsk rätt är processrätten specifikt kopplad till rättigheten rättvis rättegång och begreppet "fairness". I engelsk rätt sätts begreppet "fairness", som specifik rättighet, i fokus. I USA är det istället själva konstitutionsbrottet som är avgörande. Den amerikanska domstolens syfte och uppgift att förhindra maktmissbruk och bevara ett moderat styre är bakgrunden till en nästan

²³¹ Under rubrik 4.2 föreslogs följande definition av mänskliga rättigheter; "mänskliga rättigheter är individuella fri- och rättigheter som korresponderar med skyldighet för andra individer och stater att respektera dessa rättigheter...".

²³² Se intressediskussionen i kapitel 2.

formell uteslutanderegeln vid konstitutionsbrott. Utifrån den regerande principen om fri bevisföring, där även tveksamt åtkommen bevisning får och skall beaktas, har det svenska förhållningssättet varit att olovligt åtkommen bevisning må vara förgiftad men inte förbjuden. ECHR art 6 kräver förändring av det svenska förhållningssättet. Framtiden får utvisa på vilket sätt detta kommer att ske, huruvida principen om fri bevisföring endast tolkningsmässigt inskränks eller om den kompletteras till att specifikt underordnas rätten till en rättvis rättegång eller konstitutionella rättigheter i stort. Frågan är således i vilken modell som det svenska förhållningssättet kommer att landa. Valet står mellan den europeiska "fairness"-orienterade modellen och den amerikanska som utgår från konstaterat konstitutionsbrott. Båda modellerna utgör alternativ till rättighetsbejakande lösningar till problematiken kring straffprocessuell hantering av olovligt åtkommen bevisning.

I England har art 6 inkorporerats genom HRA. Det är anmärkningsvärt att engelsk rätt eventuellt anses ha ett mer konventionskonformt förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning än till exempel Sverige trots att ECHR ej fullt ut implementerats i England. Just rätten till en rättvis rättegång får emellertid mer praktiskt uttryck där än i Sverige. Skulle den engelska regleringen anses mer konventionskonform talar det eventuellt för att förverkligandet av art 6 i bevisrätts hänseende, skulle kräva en uttrycklig reglering med processuella konsekvenser även för svensk rätts del.

Ingressen till rättighetsdelen i EUs konstitution nämner särskilt den tekniska utvecklingen som anledning till ökat skyddsbehov för rättigheterna. En grundad europarefleksion är därmed att samhällsutvecklingen kräver ett starkare skydd för de individuella rättigheterna och en mer individorienterad fokus. Balansen allmänna intressen kontra individuella rättigheter har automatiskt och omedvetet rubbats i takt med en teknisk utveckling till förmån för de allmänna intressena. Rättighetsfokus krävs härmed för att återställa balansen och sätta gränser för de allmänna intressena till exempel i tvångsmedelssituationen med alltmer avancerade avlyssningsmetoder.

Genom konstitutionen skapar Unionen alltmer en egen identitet. Träder konstitutionen i kraft blir EU en juridisk person, vilket även blir konkret uppenbart genom anslutningen till ECHR. Anslutningen till ECHR innebär att EU underkastar sig extern kontroll av ECtHR. Ur konstitutionalismspekt är detta ett positivt betyg på att konstitutionen har inbyggda kontrollsystem för maktutövningen. Rättighetsstadgan som en integrerad del av konstitutionen innebär att makten begränsas. Så långt uppvisar konstitutionen likheter med Sverige. En avgörande skillnad ur konstitutionalismspekten är emellertid domstolskompetensen och domstolens attityd och syn på sin uppgift. ECJ är känd för judiciell aktivism medan den svenska domstolen kännetecknas av motsatsen.

Jämförelsen EU och USA görs ofta av både europavänner och skeptiker och den är mot bakgrund av strukturella likheter inte omotiverad. Frågan är om unionen i sitt förhållningssätt till rättigheter väljer att ha USA som förebild

eller skräckexempel. Tendenserna till ökad fokus på individen och betonande av verkliga rättigheter kan eventuellt ses som en USA inspirerad inställning.

I juryn har den engelska och den amerikanska rättskulturen ett gemensamt drag som är främmande för det svenska systemet. Det är tänkbart att det engelska och det amerikanska förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning är ett resultat av jurysystemet. Då man inte trots juryn mäktig uppgiften att ”rätt” värdera bevisning som åtkommit på olagligt eller otillbörligt sätt. Detta torde emellertid främst vara fallet med den amerikanska rättskulturens rigida inställning till frukten från det förgiftade trädet. I England föregås ju uteslutandet av bevisning av en prövning av förfarandets ”fairness”.

Sammanfattningsvis innehåller den gemenskapsrättsliga straffrättsmodellen Corpus Juris en generell rättighetsbaserad uteslutanderegul för olagligt åtkommen bevisning.²³³ Även kommissionens grönbok uppställer laglighetskrav för bevisföring. USA har en strikt rättighetsbaserad uteslutanderegul för olovligt åtkommen bevisning och i engelsk rätt finns en möjlighet för domstolen att med hänvisning till ett rättvist förfarande utesluta viss bevisning. Slutligen framgår det av ECtHRs klara praxis att olovligt åtkommen bevisning skall uteslutas då rätten till en rättvis rättegång kränkts. Det strikt formaliserade förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning är möjligen under uppluckring till förmån för den avvägningsbaserade ”fairness”utgångspunkten. Den amerikanska uteslutanderegeln modifieras praxisvägen till förmån för effektivitetsintresset och det samhällliga intresset av att kunna lagföra grova brottslingar. Corpus Juris har justerats till att aktualisera bevisuteslutning enbart i de situationer då ”its admission would *undermine the fairness of the proceedings*”. Tendenserna tyder på ett sökande efter den gyllene medelvägen för hantering av olovligt åtkommen bevisning. Genom att bli part till ECHR tycks även EU ansluta sig till ”fairness”utgångspunkten som avgörande faktor för förhållningssättet gentemot olovligt åtkommen bevisning. Troligtvis kommer även Sverige, inom en inte alltför avlägsen framtid, att ansluta sig till den europeiska ”fairness”orienterade modellen.

²³³ Delmas-Marty M. Corpus Juris. 1997. s. 176. Art 33.1 “In proceedings...*evidence must be excluded if it was obtained by Community or national agents either in violation of the fundamental rights enshrined in the ECHR or in violation of the European rules set out above (Articles 31 and 32), or in violation of applicable national law without being justified by the European rules previously set out.*” (Min kursivering). Delmas-Marty M, Vervaele JAE. The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. s. 209. Corpus Juris 2000 (Draft agreed in Florence 1999) har modifierats så till vida att en mening lagts till första stycket. Formuleringen i tillägget ”but such evidence is *only excluded* where its admission would *undermine the fairness of the proceedings to admit it*” (Min kursivering) pekar på strävan att skapa ett, med hänvisning till mänskliga rättigheter, enhetligt förhållningssätt till olovligt åtkommen bevisning. Corpus Juris och det unionsrättsliga förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning ska överensstämma med ECtHRs utgångspunkt och praxis. Se rubrik 5.3.1.

Rätten till en rättvis rättegång som bedömningsgrund för eventuellt bevisförbud innebär ett ställningstagande för rättssäkerhet och för individuella rättigheter. Konceptet rättvis rättegång är emellertid, som också framgår av ECtHRs praxis, oundvikligen förknippat med och beroende av avvägningar och specifika omständigheter varpå rättighetens konkreta innehåll inte är glasklart. Det är rimligt att tänka sig att tämligen stor osäkerhet kommer att råda beträffande tillämpningen av rättviserättsprincipen. I egenskap av ”fairness”begreppets ursprung måste ECtHRs praxis vara vägledande för utvecklingen. Tendenserna tyder på en praxisledd global, om inte harmonisering, så i alla fall ett rättsligt tillnärmande på området. I intresset av en enhetlig rättstillämpning och för att undvika diskrimineringssituationer, torde konventionsparterna kunna ställa krav på ECtHR att göra vissa preciseringar och förtydligande.

Det komparativa underlaget antyder att något fattas i den svenska bevisrätten. Frågan om uttrycklig reglering krävs har i viss mån diskuterats ovan och är en fråga som har flera dimensioner. Klart är emellertid att åtminstone en tydlig precisering av tolkningen av den fria bevisprövningen är angelägen. Kodifiering skulle innebära att principen snävades av såsom HD har gjort i sin praxis. Detta skulle vara önskvärt ur legalitetssynpunkt och säkert också innebära ökad koherens i rättstillämpningen. Regleringen hade vunnit på att preciseras och eventuellt innehålla någon hänvisning till rättigheter allmänt eller rättvis rättegång specifikt. Det torde emellertid inte krävas att RB 35:1 förändras språkligt. RB 35:1 i oförändrat skick torde emellertid förutsätta att aktuella praxisavgränsningar är tydliga och att tvekan inte råder om principens stundtals underordnade ställning i förhållande till individuella rättigheter, såsom rätten till en rättvis rättegång.

7.3.2 Demokratibegreppets betydelse för rättighetsskyddet

Sambandet mellan synen på demokrati och rättigheters ställning framstår tydligt då det amerikanska rättssystemet kontrasteras mot det svenska.²³⁴ Det optimala främjandet av, var för sig angelägna, rättigheter och intressen kräver en tydlig uppdelning av makten så att värnandet av rättigheter tillgodoses av en självständig domstol. Redan RFs portalparagraf framhåller den svenska maktutövningens lagbundenhet, alltså legalitetsprincipen och rättssäkerheten, som ett centralt värde.²³⁵ Det är inte svårt att relatera till tanken att tillfälliga majoriteter strävar efter att uppnå särskilda mål. Ett system med maktindelning innebär att de medel som står till buds för en sådan majoritet begränsas och att de individuella rättigheterna kan värnas. Det svenska traditionella demokratibegreppet identifierar demokrati som majoritetsstyre. Begränsningar härav, som i det amerikanska systemet och som en verkligt självständig domstol, skulle enligt det svenska demokratibegreppet framstå som odemokratiska. Det amerikanska demokratibegreppet är istället materiellt och utgår ifrån att mänskliga

²³⁴ Nergelius J. Makt utan motvikt. s. 40ff.

²³⁵ RF 1:1 st. 3 ”Den offentliga makten utövas under lagarna”. Petrén G. Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform. s. 5.

rättigheter måste respekteras och att denna respekt måste kunna säkerställas rättsligt. Konstitutionalism innebär att systemet har någon form av skyddsmekanism för de individuella rättigheterna som övervakar att övriga rättsregler inte strider mot dessa. Stater med dylik skyddsmekanism har ambitionen att säkerställa respekt för grundlagens överlägsenhet gentemot övrig lag och begränsar därmed den egna handlingsfriheten.²³⁶ Statsteorier präglade av maktindelning förverkligar denna skyddsmekanism. Den svenska motsvarigheten till konstitutionalism är den tidigt utvecklade självständighetstraditionen för myndigheter varvid systemet snarare karaktäriseras av funktionsfördelning än av maktindelning i traditionell mening.²³⁷

²³⁶ Nergelius J. Makt utan motvikt. s. 60.

²³⁷ Nergelius J. Makt utan motvikt. s. 45f., 63.

8 Slutsats

Varför ser du flisan i din broders öga, när du inte märker bjälken i ditt eget?²³⁸

Vad blir då syllogismen av att analysresultatet appliceras på den aktuella problemkontexten? Framstår svensk rätt som konventionskonform? Innebär ECHR en återgång till legal bevisteori för svensk bevisrätt? Alltså vad är 2000-talets syntes av tesen legal bevisteori och dess negation antitesens fria bevisprövning? Det avslutande kapitlet avser att precisera studiens resultat och i görligaste mån besvara uppsatsens frågeställningar.

På ett föredrag om mänskliga rättigheter sa Gudmundur Alfredsson att det är enklare att exportera mänskliga rättigheter än att importera mänskliga rättigheter.²³⁹ Sverige är bra på att kritisera och reagera mot stater som inte skriver under rättighetsstandarder och där rättighetskränkningar förekommer. Sverige är däremot sämre på att verkligen integrera rättighetsaspekten i rättens alla dimensioner. Grova människorättskränkningar som tortyr och åsiktsförbud är tydligt avskryvbara. Det är betydligt svårare att upptäcka och att vilja erkänna indirekta rättighetsbrister i det egna systemet, såsom fallet med principen om fri bevisföring. Frågan om olovligt åtkommen bevisning har allmänt tydliggjort mänskliga rättigheters relevans på flera rättsområden och i synnerhet visat på en i Sverige, både konstitutionellt och straffprocessuellt, otillräcklig integrering av mänskliga rättigheter. Skyldigheterna ur rättighetsaspekten är tvådelad, dels att identifiera men även att åtgärda rättighetskänsliga moment såväl i polisens utredningsverksamhet, som i domstolens processrätt.

Rättsenligheten av svensk bevisrätt har diskuterats i kapitlet ovan. Studien har visat att art 6 i vissa bevisföringsfall innebär att viss bevisning bör avvisas och inte får användas. Genom sin praxis kan ECtHR uppfattas som förordande en processuell bevisrättslösning genom bevisföringsförbud. Valet av processuell lösning innebär att domstolen utpekats som garant för förverkligande av mänskliga rättigheter. Processrättens avvisandemöjlighet är domstolens enda tillgängliga redskap. Detta är en uppgift som den svenska domstolen får svårt att uppfylla, inte bara på grund av starka antiindividualistiska traditioner som lever kvar i domarkulturen utan även på grund av avsaknad av konstitutionella förutsättningar för rollen som garant för mänskliga rättigheter. Uppsatsen har, i sina komparativa delar, illustrerat detta genom kontrasterande av Sverige och USA. Konstitutionella förutsättningar är avgörande för domstolens förhållningssätt vid en intressekonflikt mellan allmänna intressen och enskilda rättigheter.

För svensk rätts del finns det skäl att inta en något mer progressiv attityd för att fullt ut uppfylla ECHR:s krav på en rättvis rättegång och därigenom göra

²³⁸ Matt 7:3.

²³⁹ Gudmundur Alfredsson 26/4 2005 Lund.

straffprocessrätten mer konventionskonform. Studien har visat att så kan ske både tolknings- och rättstillämpningsvägen eller genom uttrycklig reglering. Ur konstitutionalismperspektivet och utifrån rättighetsaspekten måste regleringsalternativet förordas.

Rättsstatens effektivitetsaspekt kräver att även olovligt åtkommen bevisning skall tillåtas för att maximera processeffektiviteten. Å andra sidan synes samma rättsstats rättssäkerhetsaspekt och ambition att begränsa makt kräva att det finns en tydlig gräns för denna tillåtlighet, då även den personliga integriteten är ett skyddsobjekt för rättsstaten. Förhållandet mellan rättssäkerhet och effektivitet som en oäkta dikotomi har tydligt framgått även av uppsatsens utredande delar.

Uppsatsen har lyft fram och kan bidra till medvetenhet om vilka värden som riskerar att komprometteras i situationer med olovligt åtkommen bevisning. Det handlar om att skapa en balans mellan dels allmänintresset som speglas i åklagarperspektivets intresse av en flexibel och effektiv lagföring, dels individens intresse av rättssäkerhet och möjlighet att försvara sig. Det perfekta jämviktsläget existerar kanske bara i idévärlden. När det resoneras i termer av mänskliga rättigheter och integritet är det lätt att rent intuitivt och känslomässigt värna den enskildes rättssäkerhet gentemot det allmännas intresse av effektivitet. Rent faktiskt måste det emellertid accepteras att även rättssäkerheten ibland är tvungen att begränsas utifrån såväl resurstillgång som olika allmänna intressen. Det är således viktigt att betonande av rättssäkerhetsintresset sker på ett sätt så att inte den brottsutredande och dömande verksamheten bakbinds i sina uppgifter. Som nämnts tidigare är även effektivitetsaspekten viktig för rättssäkerhetskonceptet och rättsstatsidealet. Det vore förödande att tolka ECHR till att ställa orimliga krav på processen, detta skulle i framtiden kunna skada konventionens legitimitet och även i förlängningen rättighetsaspekten. Resonemanget visar åter på det grundläggande beroendeförhållandet mellan allmänna intressen och individuella rättigheter som argumenterats för i kapitel 2.

Mot bakgrund av ovan förda resonemang kan det med fog hävdas att ECHR ställer nya mer individorienterade krav på de svenska domstolarna att skydda individuella rättigheter. Utvecklingen tyder på krav på något av ett paradigmskifte i Sverige från det traditionellt kollektiva synsättet till fokus på individen och dennes rättigheter. ECHR ställer krav på den svenska domarkulturen att inte bara identifiera utan även praktiskt uppfylla skyldigheten att garantera individer en rättvis rättegång. Kontradiktion, oskyldighetspresumtion, equality of arms och rätten till en rättvis rättegång är individuella rättigheter som ska skyddas av domstolen genom bevisföringsförbud för olovligt åtkommen bevisning, i situationer då sådant krävs. Allmänintressen, däribland effektivitetskrav, får däremot tillgodoses av lagstiftaren.

Den fria bevisprövningens princip är inte längre självklar. ECHR och ECtHRs inflytande innebär snävare ramar för sanningssökandet i den

moderna processen. Avvisande av viss bevisning som otillåten, utifrån att användande skulle vara konventionsstridigt med hänsyn till art 6, skulle innebära viss återgång till legal bevisteori. ECtHRs praxis ger indikation om sådana tendenser.

Beträffande den aktuella bevisrättsutvecklingen är det intressant att dra historiska paralleller. Övergången till fri bevisprövning i Sverige skedde successivt i nationell praxis över en relativt lång period. Troligen är diskussionen kring otillåten bevisning bara början av den aktuella utvecklingen som även denna är praxiscentrerad. Den praxisorienterade utvecklingen sker emellertid idag inte bara på det nationella planet utan även i det europeiska samarbetet för demokrati och rättsstatlighet.

I år är det 10 år sedan ECHR inkorporerades som svensk lag. Förändring tar tid och måste få ta tid då det handlar om att skapa verklig förändring som kräver förankring i samhällsliga strukturer. Praxisredogörelsen har visat att konkret förändring de facto skett även nationellt, även om det kanske främst är på ett medvetandeplan så tyder tendenserna på att bevisrättsområdet kommer att fortsätta utvecklas. Uppsatsen har visat på dessa bevisrättsliga utvecklingstendenser. Den aktuella utvecklingen påminner om en utvecklingsmodell som Modéer identifierat och som bygger på Hegels terminologi för kunskapsprocessen.²⁴⁰ I sammanhanget utgör den legala bevisteorin tesen medan antitesen, tesens negation, var utvecklingen till fri bevisprövning. Syntesen ska innehålla både tes och antites, upphävda och bevarade. Applicerat på bevissituationen, så utgörs syntesen av den de lege ferenda framtid som ECtHRs avgöranden och nationella domstolars strävan efter konventionskonformitet låter oss ana. Alltså en gräns för den fria bevisprövningen utifrån rättighetsstandarden i ECHR. Utvecklingen representerar också ideologiska skillnader historiskt avseende ett kollektivistiskt respektive ett individualistiskt förhållningssätt. 2000-talet är individcentrerat på de flesta plan och uppenbarligen så även straffprocessuellt och bevisrättsligt.

Bevisföringsförbud innebär att lagföringseffektiviteten försakas för att förverkliga konstitutionella grundprinciper och kan, genom att stävja bruket av otillåtna metoder, ses som ett uttryck för juridisk integritet. Bevisförbud medför ökade krav på både polis och åklagare, varpå ökad professionalism i brottsutrednings- och åtalsförberedelsearbetet är en positiv konsekvens av sådant förbud. Resulterar den svenska utvecklingen i ett bevisföringsförbud beträffande olovligt åtkommen bevisning innebär det att rättsstaten tar uttrycklig ställning för rättighetsintressets överlägsenhet i processen. I komparationen med England och EU framstår sådant ställningstagande även som europeiskt förankrat.

²⁴⁰ Ahlberg A. Filosofiskt Lexikon. 3 uppl. s. 71. Hegel framställer ”tillvaron såsom en dialektisk process” där ”motsägelsen är upphov till allt liv och all rörelse” och representeras av de olika utvecklingsfaserna; tes, antites och syntes.

Sammanfattningsvis framstår det svenska förhållningssättet till olovligt åtkommen bevisning som statförankrat i effektivitetsperspektivet. Förhållningssättet speglar därmed ett upprätthållande av principen om fri bevisföring och en allmänt tillåtande inställning till all form av bevisning.

Även art 6 är emellertid svensk rätt och av ECtHRs praxis följer att den svenska inställningen inte i alla situationer kan anses helt konventionskonform. RB 35:1 är oprecis till sin lydelse. Konventionskonformitet kan därför åstadkommas på två sätt, antingen genom domstolarnas rättstillämpning eller genom explicit reglering. Den fria bevisföringens princip har redan tidigare, i syftet att möta konventionens rättssäkerhetskrav, inskränkts i svensk praxis. Liknande lösning för situationer med olovligt åtkommen bevisning ter sig således inte längre som främmande. Mot bakgrund av den relativt osjälvständiga, i viss mån även statförankrade, domstol som uppsatsen målat upp framstår emellertid regleringsalternativet som attraktivt.

Uppsatsens komparativa delar har pekat på ett konstitutionellt ansvar för den dömande makten att garantera mänskliga rättigheter i förhållande till allmänna intressen. De konstitutionella förutsättningarna för ett sådant ansvar tycks saknas i svensk rätt. Den svenska konstitutionella utgångspunkten kan ses som en anledning till att välja regleringsalternativet, för att uppnå konventionskonformitet, och även som ett argument för att precisera vissa konstitutionella principer

Käll- och litteraturförteckning

Källor

- Bibeln Svenska Bibelsällskapet 1917 års översättning av Gamla testamentet. Bibelkommissionens översättning av Nya testamentet 1981. Bokförlaget Libris, Örebro, 1994.
- Kafka Franz *Processen*, Bra Böckers Klassiker, 1998.

Offentligt tryck

- SOU 1926:32 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Andra delen, Rättegången i brottmål.
- SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk.
- SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter.
- SOU 1999:76 Demokratiutredningen – Maktindelning.
- SOU 2003:32 Vår beredskap efter den 11 september.
- NJA II 1943 s. 449 Den nya rättegångsbalken
- Prop. 1942:5. Kunglig Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till rättegångsbalk

Unionsrättsligt tryck

- KOM(2001) 715 slutlig Grönbok om straffrättsligt skydd av Europeiska gemenskapens ekonomiska intressen och inrättande av en europeisk åklagare.
- KOM(2003) 128 slutlig Rapport om uppföljningen av grönboken om straffrättsligt skydd av Europeiska gemenskapens ekonomiska intressen och inrättande av en europeisk åklagare.
- EUT C310 16.12.2004 Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa.
- EUT C12/02 15.1.2001 Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål.

Litteratur

- Ahlberg, Alf *Filosofiskt Lexikon*. Tredje uppl., Bokförlaget Natur och Kultur, Halmstad, 1951.

- Allan, Trevor *Constitutional Justice - a Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Asser, Daan *Audi et alteram partem: a limit to judicial activity*. Del av läromedel för JPR 803 Rättsvis rättegång enligt den Europeiska människorättskonventionen. Lund, kursmaterial Ht 2004.
- Axberger, Hans-Gunnar *Brottsprovokation – en uppdatering*. Festskrift till Nils Jareborg, Iustus, Uppsala, 2002.
- Barendt, Eric *An introduction to Constitutional Law*. Oxford University Press, New York, 1998.
- Bengtsson, Bertil *Om domstolarnas lagprövning*. SvJT 1987 s. 247.
- Berggren Niclas. et al. *Makt utan motvikt. Om demokrati och konstitutionalism*. City University Press, Stockholm, 1999.
- Bergström, Sture et al. *Juridikens termer*. Åttonde uppl., Almqvist & Wiksell, Stockholm, 2001.
- Bogdan, Michael *Komparativ rättskunskap*. Andra uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2003.
- Bratholm, Anders *Den straffeprocessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*. TfR 1959 s. 109-132.
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Andra uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2002.
- Delmas-Marty Mireille *Corpus Juris*. Ed. Economica, Paris, 1997.
- Delmas-Marty Mireille, Vervaele John AE *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States vol 1*. Intersentia, Oxford, 2000.
- Dereborg, Anders *Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess*. Jurisförlaget, Stockholm, 1990.
- Derschowitz Alan *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. Oxford University Press, New York, 2002.

- Diesen, Christian (red.) *Bevis –Värdering av erkännande, konfrontationer, DNA och andra enstaka bevis.* Norstedts Juridik, Stockholm, 1997.
- Diesen, Christian (red.) *Bevispraxis Bevis 5.* Norstedts Juridik, Stockholm, 2000.
- Dijk, P van
Hoof, G.J.H van *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Andra uppl., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer Boston, 1990.
- Dworkin, Ronald *Law's Empire.* Åttonde uppl., Hart Publishing, Oxford, 1998.
- Ekelöf, Per Olof
Boman, Robert *Rättegång IV häftet.* Sjätte uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2002.
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång III häftet.* Sjätte uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1999.
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång I häftet.* Åttonde uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2002.
- Essunger, Magnus *Grundlagens bevisprövningsförbud RF 2:6 i straffprocessen.* Juristförlaget i Lund, 1994.
- Fitger Peter
Mellqvist Mikael *Domstolsprocessen.* Andra uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2002.
- Glendon, Mary-Ann et al. *Comparative Legal Traditions in a nutshell.* Andra uppl., St Paul, Minnesota, 1999.
- Hall, Raymond G *The Alternatives to the Exclusionary Rule.* CJJ 1979/80 s. 303-321.
- Heuman, Lars *Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen.* Advokaten 1986:52 s. 40-54.
- Heuman, Lars *Innebär Europakonventionen att vittnesattester inte får åberopas i den utsträckning som rättegångsbalken förutsätter?* JT 1993/94 s. 202-209.
- Heuman, Mats *Om användningen av narkoanalys inom straffprocessen.* SvJT 1955 s. 225-244.
- Höpfel, Frank
Huber, Barbara (Hrsg.) *Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond.* Edition Iuscrim, Freiburg, 1999.

- Koopmans, T *Natural Justice Rediviva? The Right to a Fair Hearing in European Law.* Del av läromedel för JPR 803 Rättvis rättegång enligt den Europeiska människorättskonventionen. Lund, kursmaterial Ht 2004.
- Lagerbjelke, Gustaf *Självständig under lagarna – Essäer om domarrollen.* Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm, 1996.
- Legrand, Pierre *European Systems are not Converging.* International and Comparative Law Quarterly vol. 45 s. 52-81, 1996.
- Lindblom, Per Henrik *Progressiv Process.* Iustus, Uppsala, 2000.
- Lundqvist, Ulf *Bevisförbud.* Iustus, Uppsala, 1998.
- Lundqvist, Ulf *Polisprovokation och bevisförbud.* SvJT 1999 s. 903-911.
- Modéer, Kjell-Åke *Det nära förflutna.* Läromedel i rättshistoria, version 1.0 ht 2003. Juridiska fakulteten, Lunds Universitet.
- Modéer, Kjell-Åke *Öppna gränser.* Läromedel, Lund, Ht 2001.
- Mulcahy, Leigh-Ann *Human Rights and Civil Practice.* Sweet & Maxwell, London, 2001.
- Nergelius, Joakim *Konstitutionellt rättighetsskydd svensk rätt i ett komparativt perspektiv.* Fritzes Förlag, Stockholm, 1996.
- Nergelius, Joakim (red.) *Rättsfilosofi- Samhälle och moral genom tiderna.* Studentlitteratur, Lund, 2001.
- Nowak, Karol *Oskyldighetspresumtionen.* Norstedts Juridik, Stockholm, 2003
- Petrén, Gustaf *Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform.* SvJT 1975 s. 1-14.
- Richardson, P.J (ed.) *Archbold 2003 criminal pleading evidence & practice.* Sweet & Maxwell, London, 2003.
- Smith, Eivind (red.) *Grundlagens makt - konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm.* SNS förlag, Stockholm, 2002.

- Stone Sweet, Alec *Governing with Judges - Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Thelin, Krister *Grundlagen och blodprovet – prov utan värde?* SvJT 1987 s. 129-133.
- Träskman, Per-Ole *Corpus Juris – Ett frestande eller ett främmande förslag till en enhetlig europeisk rättsfär?* NTfK 1997 s. 272.
- Victor, Dag *Straffansvar vid brottsprovokation (recension)*. SvJT 2001 s. 736-742.
- Westberg, Peter *Fair trial – inget för staten?* Del av läromedel för JPR 803 Rättvis rättegång enligt den Europeiska människorättskonventionen. Lund, kursmaterial Ht 2004.
- Westberg, Peter *Förklaringsbörda och knölargument i brottmål – den moderne domarens vapen i kampen mot brottsligheten*. JT 1992/93 s. 987-896.

Övrigt

Föredrag av och samtal med Gudmundur Alfredsson 26/4 2005 Lund.

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1951 s. 111
NJA 1960 s. 522
NJA 1985 s. 544
NJA 1986 s. 489
NJA 1992 s. 532
NJA 1998 s. 204
NJA 2003 s. 323

Europadomstolen

Golder mot Storbritannien	1975-02-21
Klass mot Tyskland	1978-09-06
Sporrong och Lönnroth mot Sverige	1982-09-23
Pudas mot Sverige	1987-10-27
Schenk mot Schweiz	1988-07-12
Soering mot Storbritannien	1989-07-07
Tre Traktörer AB mot Sverige	1989-07-07
Isgro mot Italien	1991-02-19
Funke mot Frankrike	1993-02-25
John Murray mot Storbritannien	1996-02-08
Saunders mot Storbritannien	1996-12-17
Teixeira de Castro mot Portugal	1998-06-09
Pélissier och Sassi mot Frankrike	1999-03-25
Khan mot Storbritannien	2000-05-12
P.G och J.H mot Storbritannien	2001-09-25
Allan mot Storbritannien	2002-11-05

Utländska

Engelska

R mot Cornelius Joseph Samuel (1988)87 Cr. App. R.
232

Amerikanska

William Marbury mot James Madison	1803
Fremont Weeks mot Förenta Staterna	1914
Youngstown Sheet & Tube Co. et al. mot Sawyer	1952
Ernesto A. Miranda mot Delstaten Arizona	1966
Förenta Staterna mot Alberto Antonio Leon	1984